

A LEI MARIA DA PENHA 11.340/2006: APLICABILIDADE AOS CASAIS HOMOAFETIVOS HOMENS

Danila Dantas Silva³

Valdemir Ferreira Santos⁴

RESUMO

O presente trabalho se propõe a estudar as novas entidades familiares, questionando a aplicação da lei Maria da Penha 11.340/2006 aos casos de violência doméstica entre os casais homoafetivos homens x homens, o direito de família por sua evolução do seu conceito. Demonstrar-se-á que os seres humanos que optam pela homossexualidade não se distinguem dos heterossexuais com relação à titularidade de direitos. O estudo vai fazer uma análise acerca de dois princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE

Lei Maria da Penha. Homossexualidade. Casais Homoafetivos. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This work aims to study the new family entities, questioning law enforcement Maria da Penha 11.340/2006, to cases of domestic violence among homosexual couples men x men, family law for his development of his concept. Demonstrating that humans who choose homosexuality

3. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: danilla10@hotmail.com

4. Professor de Direito Penal da Faculdade Pio Décimo e da Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da UNIT, assim como Assessor Jurídico de Desembargador – Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. E-mail: ferreira.val@tjse.jus.br

indistinguishable from heterosexuals with respect to the ownership of rights The study will make an analysis about two constitutional principles being the principle of human dignity and the principle of equality.

KEYWORDS

Maria da Penha Law. Homosexuality. Homosexual Couples. Constitutional Principles.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como alvo abordar a lei Maria da Penha 11.340/2006-aplicabilidade aos casais homoafetivos homens, bem como, garantir proteção especial do Estado à família, a fim de verificar a possibilidade de sua extensão às uniões conjugais de pessoas do mesmo sexo. Essa proposta se dá por meio de uma interpretação da Constituição Federal de 1988, atualizando o sentido da expressão família para a inclusão dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo entre entidades familiares constitucionalmente protegidas.

Não se pode negar que as uniões entre homossexuais hoje é um fato social, o que determina a sua proteção legal e o reconhecimento de seus efeitos jurídicos. O preconceito não pode cegar e impedir que se veja a realidade. Assim como o heterossexual, o homossexual é sujeito de direito e obrigações, o que significa que toda discriminação deve ser repelida.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, ou seja, parte de premissas genéricas, chegando a conclusões particulares, já que, por meio da observação de uma cadeia de raciocínio em consonância com as raízes culturais e a comparação de aplicabilidade ao longo do tempo, chegou-se à compreensão evidente de que a maneira aplicada para tratamento do usuário de droga, ainda que coercitiva, é efetiva, traz soluções e salva vidas.

Os meios explorados foram bibliográficos, obras doutrinárias na obtenção de dados em ar-

tigos, revistas e documentos eletrônicos. Foi utilizada como abordagem final a de cunho qualitativo, a qual permite uma observação aberta, livre na coleta de dados.

Para o alcance do objetivo, este artigo será organizado em três capítulos. O primeiro inicia-se com a discussão sobre a homossexualidade, apresentando as concepções acerca do tema, analisam-se os direitos sexuais a partir da compreensão contemporânea dos direitos homoafetivos e a sua evolução.

No segundo capítulo, será realizada a interpretação do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 e a possibilidade de proteção de novas entidades familiares não expressamente amparadas pelo citado artigo, por meio da análise do conceito atual de família, e de uma breve discussão sobre a homossexualidade amparada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Por fim, se dissertará, de maneira objetiva, o terceiro capítulo de forma a apresentar a ideia que motivou o presente estudo, analisando a possibilidade de casais homoafetivos homens serem protegidos pela lei Maria da Penha e ressaltar que o direito pode ser concedido observando o artigo 5º da Lei 11.340/2006, pois a lei em discussão mudou seu conceito de família, dando proteção à união de pessoas do mesmo sexo vítimas de violência doméstica familiar, a e utilização da analogia em decisões judiciais favoráveis aos casais homoafetivos homens.

2 AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

2.1 CONCEPÇÕES ACERCA DA HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade é vista por meio de várias concepções, sendo indispensável destacar as diferenciações estabelecidas por Rios (2002), a saber: a homossexualidade vista como uma forma de pecado; como doença; como critério neutro de diferenciação; e como construção social.

A homossexualidade vista como um pecado denota que tal prática é condenada por não atender ao ideal reprodutivo, única finalidade da relação sexual e pela reprovação às manifestações extraconjugais, visto que o casamento só é permitido entre sexos opostos.

Segundo os ensinamentos de Rios:

O fundamento desse juízo condenatório radica, no contexto histórico ocidental, na interpretação prevalente da doutrina cristã. Consoante tal tradição, tendo o ser humano sido criado à imagem e semelhança de Deus, mas corrompido pelo pecado original, seus atos devem se conformar aos desígnios divinos mediante uma prática ascética dirigida à conciliação com o Criador. Disto resulta, no plano sexual, uma moral cristã que enxerga no deleite dos prazeres carnis a tentação do abandono de Deus em favor do mundo temporal, visto como obstáculo à elevação espiritual do homem em direção à salvação eterna. Daí a restrição das atividades sexuais à reprodução, cujo âmbito adequado é a vida marital (RIOS, 2002, p. 104).

Dessa forma, a característica desta concepção é o antagonismo dos atos homossexuais à moral cristã. Tais práticas transgridem o plano divino e o indivíduo da sua vida espiritual.

Na concepção da homossexualidade como doença, o homossexual era reduzido, como descrito por Bahia (2006), a um ser resultante de uma degeneração na formação pré-natal, possuindo uma inconsistência entre o sexo anatômico e o desejo sexual graças a um conflito entre os elementos sexuais masculinos e femininos. Rios (2002) salienta que essa deformação fetal geraria uma espécie de terceiro sexo. Mas, essa visão da homossexualidade como doença já foi superada, ademais já fora excluída do Código Internacional de Doenças (CID) desde 1995.

No que se refere à percepção da homossexualidade como critério neutro de diferenciação, Rios (2002, p. 114) destaca que 'decorre das mudanças sociais e econômicas que possibilitam a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social'.

No mesmo sentido está Bahia (2006, p. 95), acrescentando à afirmação de Rios que, por intermédio disso, 'tenta-se demonstrar que o fato de a pessoa ser 'homossexual' dispensa qualquer tipo de importância para a verificação de tratamentos diferenciados, não sendo, assim, suporte válido para supedanejar as desigualdades perpetradas cotidianamente'.

Essas mudanças que ocorrem na sociedade e em seus integrantes acabam por criar uma consciência crítica nessas pessoas que elegem a orientação homossexual, passando a perceber-se como um grupo detentor de direitos e alvo de uma infundada discriminação. A homossexualidade é incapaz de justificar tratamentos desiguais e degradantes, sendo, portanto, um critério neutro de diferenciação, desprovido de qualquer fundamento e legitimidade.

Na compreensão da homossexualidade, como construção social, parte-se do pressuposto de que a sociedade tem um padrão comportamental a ser seguido por homens e mulheres. O papel designado a cada um implica a intolerância e aceitação quanto à homossexualidade. Como descrito por Rios (2002, p. 120):

Conceber a homossexualidade como construção social significa postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos. Nesta perspectiva, relativiza-se a condição homo ou heterossexual como critério de distinção, tanto que em outras culturas tal característica pode ser irrelevante ao assumir conotações diversas.

Deveras, em uma sociedade que repudia a condição homossexual, a heterossexualidade passa a nortear os padrões de normalidade. Para que a cidadania seja vivida pelos homossexuais, a supe-

rioridade heterossexual deve ser abolida, por meio da desconstrução das categorias homossexual/heterossexual como critérios de diferenciação dos indivíduos.

2.2 A EVOLUÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

O termo homossexual é utilizado para referir-se ao comportamento sexual de atração por pessoa do mesmo sexo. A palavra homoafetivo é um neologismo impresso pela desembargadora Maria Berenice Dias (2001), a qual considera mais adequada para designar o elo que une os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. A crescente aceitação social dos relacionamentos homoafetivos fez com que saíssem da marginalidade jurídica, uma vez que geram consequências no plano fático. Como aborda Maria Berenice Dias (2000, p. 5-6):

Com a evolução dos costumes, as mudanças dos valores, dos conceitos de moral e pudor, o tema referente à opção sexual deixou de ser ‘assunto proibido’ e hoje é enfrentado abertamente [...]. Ainda que a sociedade se considere heterossexual, 10% dela é formada de homossexuais. As culturas ocidentais contemporâneas estigmatizam aquelas que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade, relegando-os à marginalidade..

A evolução do tratamento conferido à união homossexual em muito se assemelha à evolução do tratamento de fato, hoje reconhecida como união estável.

Conforme a argumentação de Maria Berenice Dias (2001, p. 99), ‘não se pode admitir tratamento diferenciado a relações de afeto, que se desenvolvem de forma igual, em relação à postura do parceiro, sendo a única diferença a diversidade ou não do sexo entre eles’. Há como destacar a primeira decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul relatada pela desembargadora Maria Berenice Dias, na qual, aplicando a analogia, reconheceu efeitos de união estável a relacionamento afetivo de nove

anos entre dois homens, fundamentando seu posicionamento especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade. A seguir o teor da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente à união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (Ap. Cív. 70009550070 – 7ª Câmara Cível- TJRS- Relª. Maria Berenice Dias- j. em 17.11.2004).

Essa decisão foi de grande importância para o reconhecimento de união homoafetiva, pois o Tribunal reconheceu que, mesmo não tendo norma que regulamente a união, as leis existentes vigentes oferecem meios para legitimar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Outro ponto importante para o direito das uniões homoafetivas foi a resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária

do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), resolução que aprova o casamento de pessoas do mesmo sexo³.

3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

3.1 DIREITO DE FAMÍLIA

Ao se falar em família, logo se pensa nos laços mais estreitos que existem entre indivíduos. É a célula base da sociedade, a primeira comunidade na qual se insere o ser humano. Situa-se em uma posição intermediária entre sociedade e o indivíduo, portanto, a sua caracterização depende da conjunção do seu lado social e individual. A palavra família contém vários significados, apesar de não haver uma definição estanque, é possível identificar critérios, variáveis, conforme a cultura e a época de cada sociedade. Segundo Farias (2004, p. 58):

É inegável que a multiplicidade e a variedade de fatos (de diversos matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo.

O enfoque de família no ordenamento jurídico constitucional está voltado à família conjugal, entendendo-se conjugalidade como união de duas pessoas, pelo casamento ou de forma livre, com objetivo de constituir vida em comum. As relações familiares, também, podem ser decorrentes do parentesco natural, civil ou por afinidade.

3. A Resolução veio em uma hora importante. Não havia ainda no âmbito das corregedorias dos tribunais de Justiça uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento”, disse o conselheiro Guilherme Calmon. “Alguns estados reconheciam, outros não. Como explicar essa disparidade de tratamento? A Resolução consolida e unifica essa interpretação de forma nacional e sem possibilidade de recursos”, ressaltou.

Caso algum cartório não cumpra a Resolução do CNJ, o casal interessado poderá levar o caso ao conhecimento do juiz corregedor competente para que ele determine o cumprimento da medida. Além disso, poderá ser aberto processo administrativo contra a autoridade que se negar a celebrar ou converter a união estável homoafetiva em casamento. (STF, 2013).

A Constituição Federal de 1988 efetivamente alterou a concepção do Estado brasileiro nos mais diversos aspectos, mudando paradigmas da ordem jurídica que a antecedeu, e não foi diferente em relação à família.

A Constituição Federal confere ampla proteção à unidade familiar, afirmando que a família, por se tratar da base da sociedade, tem especial proteção do Estado. No Brasil a Constituição concebeu uma mudança considerável para o Direito de Família ao distinguir a proteção jurídica em relação às diferentes formas de entidade familiar, aprimorando o sistema anterior, que só reconhecia a sociedade biparental, filhos de pai e mãe, tanto que as mães solteiras eram extremamente marginalizadas, fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916), a Constituição de 1988 reconheceu a família monoparental. Portanto, nos termos do art. 226, § 4.º da CF, entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Estado, então, deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente etc. Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta.

Os direitos e garantias fundamentais estão elencados antes da organização do Estado, mostrando que a preocupação com o cidadão é maior do que a preocupação com o próprio Estado, tanto que a Carta Magna brasileira é chamada de Constituição Cidadã.

Em igual teor estão os ensinamentos de Cunha Júnior (2008, p. 597), quando alega que:

A Constituição de 1988 inaugura, pelo menos teoricamente, uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetividade. Ao lançar um primeiro e breve olhar para a nos-

sa Lei Fundamental, percebe-se imediatamente uma reveladora inovação, de cunho topográfico. Distinguindo-se das Cartas anteriores, a Constituição em vigor positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições (título II), após o que tratou da organização do Estado (título III), dando cristalinas amostras de que se preocupou prevalentemente com o ser humano, enaltecendo-o como o "fim" do Estado, este considerado "instrumento" de realização da felicidade da-quele. Em outras palavras, com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como o instrumento, e pelo homem como o fim, e isso é um importante subsídio hermenêutico.

A expressão direitos fundamentais designa situações jurídicas tuteladas pelo direito positivo que buscam a dignidade, a igualdade e a liberdade da pessoa humana. Assumindo esse posto de normas constitucionais positivadas, ou seja, inseridas no texto constitucional, fica clara essa natureza de direitos constitucionais. São direitos que surgem e fundamentam-se no princípio da soberania popular.

Moraes (2004, p. 62) traz a seguinte posição sobre a natureza e eficácia das normas que disciplinam direitos e garantias fundamentais:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender da legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadradas entre as fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).

No mesmo segmento, está a visão de Bulos (2010, p. 513) sobre a natureza e aplicabilidade de tais normas, dispondo o seguinte:

As liberdades públicas têm a natureza de normas constitucionais positivas, pois derivaram da linguagem prescritiva do constituinte. Na medida do possível, têm aplicação direta e integral, independentemente de providência legislativa ulterior para serem imediatamente aplicadas.

Quanto à aplicabilidade e eficácia, a Lei Maior do Brasil é expressa ao estatuir que as normas que definem direito e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Entretanto, a própria Constituição, em algumas normas, faz depender de legislação ulterior para sua aplicabilidade.

3.2 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na história do Estado de Direito, duas noções têm sido recorrentes na construção das bases doutrinárias para a igualdade entre os seres humanos. A igualdade formal diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção, com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente, a igualdade material exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.

O princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro consagra-se expressamente enquanto igualdade formal no art. 5º, caput, da Constituição Federal, cujos termos garantem a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, o princípio da igualdade consagra o direito de todos à igual proteção da lei.

Com efeito, o princípio da igualdade formal passou a operar como mandamento de aplicação universalista da lei, sem se preocupar com a justiça ou injustiça dos efeitos desta aplicação em face das semelhanças e das diferenças próprias de cada situação concreta. Diante das graves consequências deste procedimento ante a realidade

social, com admissão das perseguições contra os judeus e homossexuais ou a desigualdade entre homens e mulheres, brancos e negros, a igualdade formal teve que evoluir mediante a proibição de certos critérios de diferenciação.

O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, mediante a universalidade das normas judiciais em face de todos os sujeitos de direito. Para Stela Valeria (2008, p. 119), 'a igualdade perante a lei impede a promulgação de leis que tratem de modo desigual as pessoas, diz respeito ao poder regulamentador do legislativo'.

A partir do universalismo do princípio da igualdade formal, também, se pode analisar a defesa do direito à diferença. Nessa concepção, a igualdade decorre do respeito à diferença, que protege a identidade do indivíduo. Ao comandar igual tratamento jurídico entre homossexuais e heterossexuais, a igualdade formal transita, deste modo, da tolerância do respeito à diversidade da ideia de direito de minorias para a igualdade de direitos a todos os membros da comunidade.

Já a dimensão material do princípio da igualdade requer dos Estados a obrigação de atuar na sociedade para conseguir a igualdade real dos cidadãos, por meio da criação de programas e ações, visando à implementação de políticas públicas eficazes.

Para Roger Raupp (2002, p. 135-136), 'a dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade'.

O Estado material de Direito implica, concretamente, a garantia e realização dos direitos fundamentais enquanto decisões basilares intocáveis na ordem constitucional, eles se convertem em limites e parâmetros orientadores da ação estatal. O princípio da igualdade, portanto, ao exigir a valoração material para o estabelecimento de seu conteúdo, conduz ao exame da justiça ou injustiça do juízo de equiparação ou diferenciação que se afirma.

A igualdade material deixa-se definir somente conforme o grau de evolução. O Estado de Direito material se caracteriza pela preocupação com o conteúdo e com a orientação da atividade estatal, muito além da mera observância das formas jurídicas. Nele, o poder estatal é vinculado a determinados princípios e valores jurídicos, historicamente contextualizados. No seu seio, mesmo as decisões da maioria legitimamente eleita para representação popular submete-se aos princípios jurídicos fundamentais. Estes princípios jurídicos fundamentais são resultantes da própria Constituição, a partir da qual o estado de Direito é concebido em sentido material.

O princípio da dignidade da pessoa humana está fundamentado na Constituição Federal, exposto no artigo 1º, inciso III, constituindo função maior do ordenamento jurídico, no Estado democrático de Direito, e, igualmente, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A Carta Magna brasileira traz como princípio vetor o respeito à dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, os direitos fundamentais são aquelas posições jurídicas que visam à proteção e concretização dessa dignidade. Essa ligação opera-se de forma direta ou indireta, sendo esse princípio a inspiração dos típicos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à integridade física e íntima, à igualdade, à segurança de cada indivíduo etc.

Sobre o tema, é imperioso destacar a lição do insigne doutrinador Cunha Júnior (2008, p. 520):

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que essa formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Em um Estado Democrático de Direito, que encontra na dignidade da pessoa, função maior do

ordenamento jurídico, nenhuma restrição a quaisquer direitos individuais pode ser imposta pelo que se é, ao indivíduo deve ser assegurada a liberdade de escolha, inseparável das próprias ideias de pessoa e de democracia, o indivíduo há de ser livre para ser e fazer o que bem lhe aprouver.

Rios (2001, p. 92) afirma que a dignidade da pessoa humana:

Por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988 tornou-se um dos fundamentos da Ordem Jurídica Brasileira. Isso demonstra o caráter centralizador da dignidade da pessoa humana frente a outros conceitos jurídicos. Pode-se dizer, na verdade, que há nitidamente uma supervalorização do princípio da dignidade da pessoa humana, escolhido como o cerne básico da República Federativa do Brasil.

Isso remete à noção de que conceber a dignidade humana como fundamento da República significa admitir que o Estado brasileiro se constrói a partir do ser humano e para servi-lo. Implica, também, reconhecer que um dos fins do Estado deve ser o de propiciar condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade, isto é, qualidade de vida, respeito, igualdade de oportunidade etc.

Segundo a análise de Fernandes, ao expressar o princípio da dignidade da pessoa humana, forma-se uma construção de valores morais e éticos que permanecem na construção dos direitos fundamentais, postulado da dignidade. Afirma Fernandes (2004, p. 150):

O Estado Democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), que é a síntese de todos os direitos fundamentais. Um dos fins do Estado, sobretudo quanto ao aspecto moral, é o de garantir que as pessoas tenham uma vida digna. Fere o princípio da dignidade humana ofender ou agredir, física ou espiritualmente, um indivíduo por sua orientação sexual. Toda forma de discriminação é hipócrita, preconceituosa, abjeta, repugnante, e tem de ser combatida e repelida.

O princípio da dignidade e o princípio da igualdade estão ligados ao valor fundamental da Constituição Federal. A igualdade, interpretada de modo substancial como um mecanismo de equiparação e redução de desigualdades, tem intrinsecamente uma busca de bem-estar dignificador do homem. Nesse sentido, importante enfatizar que tutela fundamental não é mais a propriedade privada e sim a dignidade humana como centro invariável da esfera da autonomia individual, que se procura garantir por meio da limitação jurídica do Estado. Exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais.

4 A LEI MARIA DA PENHA E A SUA EFETIVIDADE NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

4.1 A LEI MARIA DA PENHA 11.340/2006

Desde a sua edição, a Lei Maria da Penha traz consigo divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o que gera grandes debates acerca do tema, porém, vale resaltar que, mesmo com seus aspectos controvertidos, esta Lei é, sobretudo, uma manifestação de força popular, já que seu advento se deu por uma denúncia de uma mulher que sofreu agressões de seu esposo e por muito tempo não teve coragem ou até mesmo oportunidade de denunciá-lo.

O maior debate em face da Lei Maria da Penha é no que tange ao seu desrespeito ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput e inciso I da Constituição Federal, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Para tratar deste aspecto que, a priori, tem em uma das finalidades, dirimir a controvérsia existente quanto à legalidade da lei Maria da Penha por afrontar o princípio à igualdade, faz-se necessário explicar o que vem a ser interpretação por analogia.

Seguindo os ensinamentos de Maria Helena Diniz (1991, p.121):

A analogia consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundado na identidade do motivo da norma e não da identidade do fato.

Com a evolução dos tempos e por consequência da sociedade, a Lei Maria da Penha passou a ser aplicada em casos diversos, diferentes daquele que fora seu objeto principal, com o fito de abranger a proteção dada àqueles que forem agredidos no ambiente familiar.

A analogia se faz recente para dirimir ou até mesmo extinguir qualquer dúvida sobre a constitucionalidade desta lei.

4.2 A EFETIVIDADE DA MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

A lei 11.340/2006 trouxe relevante inovação ao prever a proteção do companheiro contra a violência doméstica e ainda reconhecer a legitimidade da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo.

No dizer de Maria Berenice Dias (2007, p.36):

A partir da nova definição de entidade familiar trazida pela Maria da Penha, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos.

Em seu artigo 5º, a referida lei define a violência doméstica e familiar e esclarece em quais circunstâncias ela pode ser cometida. Assim, dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

No inciso II do artigo acima transcrito, denota-se claramente que o legislador reconhece a legitimidade da família constituída sem os formalismos do casamento, pondo por terra toda a discussão acerca da união estável. Além disso, ele se vale do termo genérico indivíduo para se referir aos integrantes desse relacionamento, demonstrando a clara intenção de não definir o sexo de ambos.

Em seguida, o referido artigo dispõe que as relações pessoais ali tratadas podem ser estabelecidas independentemente da orientação sexual de seus membros (artigo 5º, parágrafo único), deixando claro que pessoas do mesmo sexo, também, são protegidas pelos ditames da Lei 11.340/2006.

O Juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, determinou que Renã Fernandes da Silva mantivesse distância mínima de 250 metros de seu companheiro, o cabeleireiro Adriano Cruz de Oliveira, que vinha sofrendo agressões. A decisão foi criticada em Brasília (THOMÉ, 2011). De conformidade com o magistrado:

O juiz alegou o princípio constitucional da isonomia para aplicar a lei no caso. Oliveira registrou a queixa por agressão na 5.ª Delegacia de Polícia (no centro do Rio). Na madrugada de 30 de março,

ele foi atacado com uma garrafa pelo companheiro, com quem vivia havia três anos.

O cabeleireiro ficou com lesões no rosto, nos lábios e nas pernas. Na delegacia, Oliveira contou que as agressões eram constantes. Silva teria se envolvido com traficantes e ameaçou matá-lo, caso procurasse a polícia. O juiz concedeu liberdade provisória a Silva, mas determinou a medida protetiva, com base na Lei Maria da Penha.

‘A especial proteção destinada à mulher pode e dever ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, entre dois homens, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência’, justificou Fonseca Neto.

Luiz Flávio Gomes (2009) fala sobre as medidas protetivas:

A lei Maria da penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.

Cada vez mais há regulamentação de decisões jurisprudenciais sobre os direitos homossexuais em relação à proteção da Maria da Penha em casais homoafetivos homens, o papel dos tribunais tem sido muito relevante no tocante ao reconhecimento de tais direitos.

Dias (2010) entende que, pelo fato de a Lei Maria da Penha ter ampliado o conceito de família,

inserindo a união homoafetiva no Sistema Jurídico Brasileiro, seja essa união entre duas mulheres, ou entre dois homens, ambas são consideradas entidades familiares existentes.

A lei Maria da Penha não deixa dúvida quanto a sua aplicabilidade em relação a casais homoafetivos femininos como entidade familiar, sendo que, na Constituição Federal, com base no princípio da igualdade, a regra é que se deve aplicar aos casais homoafetivos homens.

5 CONCLUSÃO

Assim, a história das sociedades evidencia que a homossexualidade é uma forma de orientar-se sexualmente que, apesar das críticas, existe de fato, e, portanto, deve ser regulada pelo direito. Não devendo passar por despercebido aos seus olhos, a discriminação que passam os homossexuais, pelo simples fato de elegerem uma sexualidade diferente da heterossexual.

A Constituição Federal é clara ao dispor sobre a igualdade de todos, independentemente de origem, sexo, cor, raça e idade (artigo 3º, IV, e 5º, caput) e ainda sobre a necessidade de se priorizar a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Em razão da mudança constitucional, o perfil social da família, também, mudou. A família deixou de ser uma forma de transmissão de patrimônio e procriação para se tornar ambiente de realização da pessoa. A busca pela dignidade humana passa pelo afeto da entidade familiar, sendo este seu elemento caracterizador.

Constatou-se que uniões de pessoas do mesmo sexo têm potencialidade de serem reconhecidas como entidades familiares, desde que sigam os mesmos requisitos de publicidade, durabilidade e continuidade das uniões estáveis. Portanto, por meio de uma interpretação concretizadora, é possível amparar essas entidades familiares.

A orientação da pessoa humana, portanto, não pode diferenciá-la das demais ou colocá-la em situação de inferioridade, pois se trata de atributo de sua personalidade, que deve ser respeitado incondicionalmente por todos.

Nota-se que a Lei Maria da Penha possui em algum dos seus dispositivos legais a aplicabilidade a casais homoafetivos, e a Constituição Federal, em seu artigo 5º, I, considera homens e mulheres iguais em direitos e obrigações perante a lei. Sendo que a realidade social que circunda a Constituição ampliou a concepção de família, de forma a reconhecer, como pressuposto para o seu reconhecimento, a existência de um vínculo de afeto entre os integrantes, e estes como sendo membros de uma família gozam de proteção do Estado para coibir a violência no âmbito de suas relações, com a junção do artigo 5º da lei 11.340/2006, que dá assistência na sua aplicação, independente de

sua orientação sexual, tomando como a relação de afeto em que se tenha violência e convivência com o agressor, a lei Maria da Penha deverá ter atuação plena de impetração.

Portanto, ao analisar a interpretação sistemática da Lei, deve-se reconhecer a sua aplicabilidade aos casais homoafetivos homens, quando sendo configurada violência doméstica. Espera-se que, por meio das reflexões doutrinárias, jurisprudenciais e a legislação, sigam a evolução do pensamento da sociedade quanto ao reconhecimento dos direitos, o que tem suprido a omissão legal em relação a algumas questões.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Claudio José Amaral. **Proteção Constitucional à Homossexualidade**. Leme: Mizuno, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: Análise artigo por artigo da lei Maria da penha**, n. 11.340/06. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual – aspectos sociais e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito de Família**. N. 4, jan./fev./mar. 2000, p. 5-13.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. N. 19, jul./set. 2004, p. 58.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União Homossexuais e Seus Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual**: a Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STF, Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça. **Portal STF Internacional**. 2013. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>>. Acesso em: 7 ago. 2013.

THOMÉ, Clarissa. Juiz aplica Lei Maria da Penha para casal gay. **Jornal da Tarde**, 19.04.2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/jt-cidades/juiz-aplica-lei-maria-da-penha-para-casal-gay/>>. Acesso em: 8 de ago. 2013.

Recebido em: 12 de setembro de 2013
Avaliado em: 28 de setembro de 2013
Aceito em: 1 de outubro de 2013
