

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Thamires Angélica da Silva Medeiros

LEI MARIA DA PENHA E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Rio De Janeiro
2017

Thamires Angélica da Silva Medeiros

LEI MARIA DA PENHA E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes – Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leandro Aguiar

RIO DE JANEIRO
2017

Thamires Angélica Da Silva Medeiros

LEI MARIA DA PENHA E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes – Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nota ()

Prof. Leandro Aguiar - Orientador

Prof. Gisele Bonatti - Avaliadora

RESUMO

A Lei Maria da Penha é considerada um dos maiores símbolos da luta feminista brasileira das últimas décadas. Por meio de uma análise será demonstrada que é possível a sua aplicação nos casos de relação homoafetiva, e com isso ampliar o sujeito passivo para as vítimas do sexo masculino. Inicialmente, será abordado o processo de criação da Lei 11.304/2006, apresentando o caso Maria da Penha Maia Fernandes, seguido do conceito de relação homoafetiva que ajudará a compreender melhor o entendimento do cabimento da Lei Maria da Penha as vítimas LGBTIQQ – sigla essa que será oportunamente conceituada, e por fim trazer o atual posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do tema.

Palavras-chave: Constituição. Direito Constitucional. Direito Penal. Direito de Família. Lei Maria da Penha. Relações Homoafetivas. LGBTIQQ. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The Maria da Penha's Law is considered one of the greatest symbols of the Brazilian feminist struggle of the last decades. Through an analysis it will be demonstrated that it is possible to apply it in cases of homoaffective relation, and with that extend the passive subject to the male victims. Initially, the process of creating Law 11304/2006 will be approached, presenting the Maria da Penha Maia Fernandes case, followed by the concept of homoaffective relationship that will help to better understand the understanding of the legality of the Maria da Penha Law the victims LGBTIQQ - acronym that will be timely conceptualized, and finally bring the current position of the High Courts on the subject.

Keywords: Constitution. Constitutional right. Criminal Law. Family right. Maria da Penha Law. Homoaffective Relationships. LGBTIQQ. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	BREVE ANÁLISE SOBRE A LEI 11.340/2006.....	8
2.1	Por que Maria da Penha?.....	8
2.2	Projeto de lei 4.559/2004.....	10
2.3	Principais aspectos da lei 11.340/2006.....	11
2.4	Ação declaratória de constitucionalidade 19.....	13
3	CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....	16
3.1	Um rápido panorama do direito homoafetivo em alguns países do mundo.....	16
3.2	A evolução do conceito de família.....	17
3.3	“Orientação sexual” e “identidade de gênero”	20
3.4	Relações homoafetivas.....	23
4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A APLICABILIDADE DA LEI 11.304/2006 NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....	25
4.1	Princípio da Igualdade.....	25
4.2	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
4.3	Princípio da Proporcionalidade.....	28
4.4	Princípio da Liberdade.....	29
5	APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006 NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....	30
5.1	Violência doméstica e familiar: conceitos e tipos.....	30
5.2	Sujeitos dos crimes domésticos.....	32
5.3	Posicionamento dos tribunais.....	38
6	CONCLUSÃO.....	41
	REFERÊNCIAS.....	42
	ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 8032/2014.....	46

1 INTRODUÇÃO

Mesmo dez anos após a criação da Lei Maria da Penha torna-se necessário um trabalho monográfico com o objetivo de trazer a discussão sobre se é possível a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 nas relações homoafetivas.

A escolha do tema se fez por necessária para mostrar que mesmo sendo considerada pela ONU a terceira melhor e mais avançada lei, alguns aspectos importantes ficaram de fora do campo de alcance da legislação infraconstitucional.

A Lei Maria da Penha surgiu dispendo acerca da violência contra mulher seja ela física, sexual, psicológico, moral ou patrimonial. No entanto, como será demonstrado, os indivíduos homossexuais têm cada vez mais recorrido ao Poder Judiciário para também serem protegidos por essa lei.

É importante ressaltar que a Lei Maria da Penha em seu artigo 2º, permite a aplicação da legislação nos casos de relações entre duas mulheres ao referir que “toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual (...) goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”.

Em contrapartida, as relações que são formadas por homens e transexuais não foram alocadas na legislação infraconstitucional, sendo então necessário, conforme será demonstrado, invocar principalmente o princípio da igualdade e da isonomia para tornar possível a aplicação da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas.

O presente trabalho será dividido em cinco capítulos, tendo o primeiro como objetivo trazer uma breve análise sobre a Lei 11.340, abordando os principais aspectos da Lei desde o motivo da sua criação, que teve o nome de Maria da Penha Maia Fernandes atrelado pelo ex-presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva que disse: *“esta mulher renasceu das cinzas para transformar se em um símbolo da luta contra a violência doméstica no nosso país”*; passando pelo processo de elaboração da Lei até o julgamento da ADC 19.

No segundo capítulo, será abordada a questão da relação homoafetiva, iniciando sobre como direito internacional se comporta nos principais países, a evolução do conceito de família e com ele o atual posicionamento dos Tribunais Superiores no tocante ao reconhecimento da união estável e casamento para casais do mesmo sexo.

O terceiro capítulo irá demonstrar quais são os princípios constitucionais que são usados de fundamento para se obter a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 nas relações homoafetivas. Serão objeto de análise tanto os princípios explícitos na Constituição Federal de 1998, como os princípios implícitos aplicados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já o quarto capítulo trará o modo com que o Poder Judiciário tem decidido acerca do assunto. Por fim, o último capítulo trará a conclusão do trabalho.

Assim, as áreas de estudo que serão o alicerce da pesquisa é o Direito Penal e o Direito Constitucional que permitem um maior esclarecimento sobre o tema. No entanto, durante a exposição do trabalho é possível que demais áreas de estudos sejam utilizadas.

2 BREVE ANALISE SOBRE A LEI 11.340/2006

Pelo Sistema Patriarcal, vigente na humanidade durante séculos, a mulher foi (é) considerada um ser submisso à vontade do homem, não tendo qualquer autoridade sobre a família e com isso devia prestar superveniência ao homem. Tal filosofia, justificava qualquer forma de violência doméstica, principalmente a física.

Ao longo da história foram criados inúmeros mecanismos internacionais para tentar diminuir a violência contra a mulher, podendo ser destacado como principal documento, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, que possibilitou a denúncia em âmbito nacional nos casos de violação aos direitos humanos.

No entanto, no Brasil, existe uma figura de extrema importância, que impulsionou o efetivo combate à violência doméstica. Maria da Penha, após ter sofrido durante 23 anos violência doméstica, resultando em duas tentativas de homicídio pelo então marido, Marco Antonio, teve seu nome relacionado a Lei 11.340/2006 que tem como principal objeto coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas também trouxe a criação de Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, e dá outras providências que serão posteriormente abordadas.

2.1 Por que Maria da Penha?

Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica formada pela Universidade Federal do Ceará, nascida em Fortaleza, mãe de três filhas, lutou por mais de 20 anos contra as agressões físicas e psicológicas cometidas pelo seu marido na época, Marco Antonio Heredia Viveiros.

Seu ex marido, foi autor de duas tentativas de homicídio cometidas contra ela. A primeira ocorreu em 29 de maio de 1983, quando o mesmo atirou nas costas de Maria da Penha enquanto ela dormia, fazendo simular um assalto, deixando-a com inúmeras sequelas físicas e psicológicas que resultou em uma paralisia irreversível. Dias após ter deixado o hospital e retornado para casa, ocorreu a segunda tentativa de homicídio, Marco Antonio tentou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica, enquanto Maria da Penha tomava banho.

Segundo Maria da Penha (2008, online):

ACORDEI DE repente com um forte estampido dentro do quarto. Abri os olhos. Não vi ninguém. Tentei me mexer, mas não consegui. Imediatamente fechei os olhos e um só pensamento me ocorreu: "Meu Deus, o Marco me matou com um tiro". Um gosto estranho de metal se fez sentir forte na minha boca enquanto um borbulhamento nas minhas costas me deixou perplexa. Isso me fez permanecer com os olhos fechados, me fingindo de morta, pois temia que Marco me desse um segundo tiro.

Após a segunda tentativa, Maria da Penha denunciou seu agressor às autoridades brasileiras no mesmo ano, que só foi recebida pelo Ministério Público em setembro do ano seguinte, tendo o primeiro julgamento ocorrido sete anos depois. No ano de 1991, o réu foi condenado, mas seus advogados conseguiram anular o julgamento. Apenas em 1996, Marco Antonio foi novamente julgado pelo Tribunal do Júri resultando na condenação de dez anos e 6 meses, mas conseguiu recorrer, novamente, da decisão. Depois de dezenove anos e 6 meses que o réu foi preso, tendo sido em 2002 foi liberado, cumprindo apenas dois anos de prisão.

Devida tamanha inércia da justiça brasileira, Maria da Penha, juntamente com o Centro para Justiça e o Direito Internacional (CEJIL- Brasil), Comitê Latino-Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM- Brasil), resolveu levar seu caso à CIDH/OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos) fazendo uma petição contra o Estado Brasileiro (caso Maria da Penha n.º 12.051). tendo sido a primeira vez que a OEA acatou uma denúncia pela prática de violência doméstica.

Foram utilizados de tese a violação aos artigos 1(1), 8, 24 e 25 da Convenção Americana, e dos artigos II e XVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e ainda artigos 3, 4, a,b,c,d,e,f,g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará.

Em 2001, a Comissão Interamericana declarou o Estado Brasileiro através do Relatório 54/01 – Caso 12.051, negligente, omissivo e tolerante às violências domésticas contra as mulheres, tendo recomendado inúmeras medidas, podendo ser destacada a finalização do processo criminal contra Marco Antonio que só foi preso em outubro de 2002, poucos meses antes da prescrição da pena.

No caso em apreço, os tribunais brasileiros não chegaram a proferir uma sentença definitiva depois de 17 anos, e esse atraso vem se aproximando da possível impunidade definitiva por prescrição, com a conseqüente impossibilidade de ressarcimento que, de qualquer maneira, seria tardia. A Comissão considera que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileira e uma demora injustificada no julgamento de um acusado, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e

indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito. Demonstram que o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos. Tudo isso é uma violação independente dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação com o artigo 1(1) da mesma, e dos artigos correspondentes da Declaração.

2.2 Projeto de Lei 4.559/2004

Após decisão proferida pela Comissão Interamericana, o Estado Brasileiro viu-se obrigado a atender as diversas medidas designadas pelo relatório, dando então início à criação de uma lei que posteriormente seria considerada uma das três mais avançadas leis do mundo sobre tal assunto atrás apenas da lei espanhola e chilena, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU).

O caso emblemático vivido pela brasileira que deu nome à lei foi o ponta pé inicial para que inúmeros movimentos feministas através de Organizações Não-Governamentais buscassem defender os direitos das mulheres. Então, foi criado um consórcio formado pelas entidades femininas: Advocacy, Agende, Themis, Cladem/Ipê, Cepia e CFMEA, para realização de estudos e elaboração de minuta do projeto de lei integral.

Segundo Maria da Penha (2013, online), as ONGs tiveram papel extremamente importante devido ao entendimento que eram necessários para a elaboração da minuta:

A participação do consórcio de ONGs na elaboração da lei foi importante em todos os momentos. Durante décadas, essas ONGs focaram a mulher nos seus estudos sob os mais diversos aspectos (saúde, sexualidade etc.) e sua posição de inferioridade na sociedade brasileira. Por isso, elas puderam, junto a juristas renomados, elaborar essa importante lei, no intuito que a mulher brasileira fosse efetivamente amparada quando em situação de violência doméstica e familiar.

Em 2004, a minuta foi entregue a Secretaria Especial de Política para as Mulheres – SPM que através do Decreto 5.030 de 31 de março de 2004 assinado pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial para juntos elaborarem o Projeto de Lei 4.559/2004.

Após ser enviado à Câmara dos Deputados, teve como relatora a Deputada Jandira Feghali do PCdoB/RJ que durante o prazo da PL, esteve em missões oficiais por 8 Estados do Brasil, constatou que:

O Brasil possui grandes desigualdades regionais, possuindo diferentes oportunidades de acesso à justiça, havendo a presença de equipamentos públicos e de realidades sociais díspares e, desse modo, era necessário ouvir opiniões em diversos estados para elaborar uma Lei completa, criando um mecanismo de proteção para todas as mulheres brasileiras.

No dia 31 de março de 2006, o Senado Federal recebeu o projeto, por meio do Protocolo Legislativo, que teve a relatoria da Senadora Lúcia Vânia do PSDB/GO e posteriormente, em 12 de julho de 2006, seguiu para sanção do Presidente da República, que ocorreu no dia 07 de agosto de 2006, transformando o projeto de lei nº37/2006 na Lei Ordinária nº 11.340/2006.

2.3 Principais aspectos da Lei 11.340/2006

A violência contra mulher seja ela física, sexual, psicológico, moral ou patrimonial é objeto de defesa da Lei 11.340/2006. Ou seja, a lei alterou a forma como a violência no âmbito familiar era tratada, deixando de olhar como um problema único e exclusivo da mulher para torna-lo da sociedade como um todo e do Estado, seja ele para intervir desde a criação de leis mais eficientes até a sua efetiva aplicação.

A Lei Maria da Penha trouxe inúmeras inovações na seara jurídica que serão abordadas no presente capítulo. Inicialmente, cumpre destacar o afastamento da Lei 9.099/95. Ou seja, antes os crimes de violência doméstica seguiam o rito estipulado pela Lei dos Juizados Especiais, segundo o art. 41 da referida Lei, os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Tal previsão, tornou possível a criação de um Juizado Especializado, segundo discorre Souza (2008, p.56):

A opção por criar um juizado com uma gama de competências tão ampla está vinculada à ideia de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar, de forma a facilitar o acesso dela à Justiça, bem como possibilitar que o juiz da causa tenha uma visão integral de todo o aspecto que a envolve, evitando adotar medidas contraditórias entre si, como ocorre no sistema tradicional, no qual as adoções de medidas criminais contra o agressor são de competência do Juiz Criminal, enquanto que aquelas inerentes ao vínculo conjugal são de competência, em regra, do Juiz de Família.

Seguindo com as inovações trazidas pela Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência também são consideradas um grande destaque, visto que tal

medida é destinada tanto ao (a) agressor (agressora), quanto a vítima da violência. Para solicitar é necessário que a mulher se dirija a uma delegacia e relate o ocorrido, ou ainda, pedir diretamente ao juiz ou ao Ministério Público, por meio de uma petição a fim de que seja apreciada em 48 horas, conforme dispõe o artigo 19 caput da Lei. Sendo as seguintes medidas:

a) Que obrigam o agressor:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – A suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - Proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

b) Que favorecem a ofendida:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sempre juízo de outras medidas:

I - Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - Determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Ainda no tocante aos avanços inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.340/06, o artigo 16 expressamente prevê a possibilidade de audiência especial para renúncia à representação da vítima, nos casos de ações penais públicas condicionadas.

Outro ponto importante a ser observado é que o Supremo Tribunal Federal através do julgamento da ADIN 4424 DF e o Superior Tribunal de Justiça com a edição da Súmula 542, tiveram o entendimento de que crimes de lesão corporal e contravenção penal de vias de fato, em sede de Lei Maria da Penha, são tidas como ação penal pública incondicionada.

Cabe salientar que apesar haver pequenas alterações na legislação infraconstitucional, o Código Penal trouxe a ampliação de uma circunstância agravante presente no art. 61, II, f, que é acerca das relações domésticas de coabitação ou hospitalidade.

Por fim, considerado um dos mais importantes aspectos a ponto de ensejar a elaboração da presente monografia ficou a cargo do artigo 5º que abrange como vítima qualquer mulher, independentemente de sua orientação sexual:

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.

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

2.4 Ação declaratória de constitucionalidade 19

Mesmo com todos os avanços histórico, político e social que a Lei 11.340/2006 trouxe, a referida lei foi objeto de uma ação declaratória de constitucionalidade de nº 19 proposta pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Tal ação tinha como discussão o tratamento diferenciado entre o gênero feminino e o

masculino, a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e o afastamento da Lei 9.099/95 que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Após inúmeras controvérsias jurídicas – qual seja o requisito essencial de propositura de uma ADC; tendo alguns julgadores entendendo pela não aplicabilidade da Lei Maria da Penha por entende-la inconstitucional. Nessa linha, o Desembargador Romero Osme Dias Lopes do Tribunal Estadual do Mato Grosso, no julgado do Recurso em Sentido Estrito: RSE nº 2007.023422-1, compreendeu que:

O texto constitucional é permeado de vedações sobre discriminação, inclusive a sexual, que está expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...) A lei 11.340/06 está contaminada por vício de inconstitucionalidade, posto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art.3º, IV da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e proporcionalidade (art.5º, II e XLVI, 2º parte, respectivamente).

Em contrapartida, outra parte da jurisprudência acreditava que a Lei Maria da Penha gozava de total constitucionalidade, foi assim que defendeu o Relator Alexandre Victor de Carvalho ¹:

I-A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis socioculturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. II - As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságuem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. III - O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla.

Após inúmeros conflitos de aplicar ou não a Lei 11.340/2006, em 09 de fevereiro de 2012, o Ministro Relator Marco Aurélio abriu a votação do julgamento da ADC19, se manifestando a favor da constitucionalidade da Lei Maria da Penha sob inúmeros argumentos, mas podendo ser destacado o seguinte:

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Conflito negativo de competência** nº 10000.07.457576-2/000, apud Cunha e Pinto, 2008, p 36.

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale ressaltar, reclama providências na salvaguarda dos bens protegidos pela Lei Maior, quer materiais, quer jurídicos, sendo importante lembrar a proteção especial que merecem a família e todos os seus integrantes.

Tendo então, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, votado e julgado procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006.

Todavia, é importante tornar notável que a sentença que confirmou a constitucionalidade da referida Lei, não a tornou eternamente constitucional, ou seja, não transformou presunção relativa em absoluta. Com isso, é possível ainda que a Lei 11.340/2006 sofra com uma nova interpretação, mais precisamente uma mutação constitucional, e venha ser objeto de uma nova ação de controle.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Inicialmente, antes de adentrar nas considerações acerca das relações homoafetivas é necessário trazer um rápido panorama de como o direito estrangeiro se comporta acerca da homossexualidade, para então trazer o conceito de família que já sofreu inúmeras alterações em decorrência de novos valores e costumes que foram criados pela sociedade.

Por conseguinte, será ainda abordada a questão da “orientação sexual” e “identidade de gênero”, trazendo aspectos do gênero transexual, para então por fim, chegar-se nas relações homoafetivas propriamente dita.

3.1 Um rápido panorama do direito homoafetivo em alguns países do mundo

O direito homoafetivo é um instituto jurídico que desperta o debate em todo o mundo. Existe uma classificação elaborada por Maria Berenice Dias (2006, p. 45 e ss) que consiste em três blocos e classificados de acordo com o tratamento concedido aos casais homossexuais, a saber: o grupo de extrema repressão; o grupo intermediário; e o grupo expandido.

A seguir, será feita uma análise superficial e mais atualizada de como as uniões homoafetivas se comportam em alguns países ao redor do mundo. É importante frisar que existem países que sequer possuem regulação dos direitos homoafetivos; precisamente em 72 países a homossexualidade ainda é considerada crime e dentre eles, em oito a homossexualidade é punível com a pena de morte, como ocorre no Paquistão, Afeganistão, Emirados Árabes Unidos, Qatar, Mauritânia, Irão, Sudão, Arábia Saudita e Iémen.²

3.1.1 Holanda

Em abril de 2001, a Holanda se tornou o primeiro país a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo. No entanto, desde 1998, uma lei que regula a união civil de

² RELAÇÕES homossexuais continuam a ser crime em 72 países. **Público**, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/07/27/mundo/noticia/relacoes-homossexuais-continuam-a-ser-crime-em-72-paises-1780479>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

casais homossexuais e aos heterossexuais para aqueles que não desejassem contrair matrimônio. Os direitos e deveres dos conjugues são idênticos aos dos membros de casamentos heterossexuais, entre eles o da adoção.

3.1.2 Noruega

Em 1993, foi editada uma lei que contava com a possibilidade de celebração da união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde que, um dos membros fosse norueguês e domiciliado no país, ambos deveriam ter idade igual ou superior a 18 anos e não serem parentes.

Uma segunda lei, criada em janeiro de 2009 colocou em igual patamar os direitos e deveres dos casais homossexuais, tanto para casamento e para adoção, quanto para a possibilidade de fertilização assistida.

3.1.3 Argentina

Em 15 de julho de 2010, a Argentina tornou se o primeiro país da América do Sul a permitir o casamento homossexual que possuem os mesmos direitos de um casal heterossexual, podendo inclusive adotar criança.

3.1.4 Estados Unidos da América

Cabe ressaltar que nos Estados Unidos da América, cada estado integrante tem autonomia e jurisdição para legislar acerca do assunto, no qual dos 50, apenas 12 permite a união homoafetiva, como: Connecticut, Iowa, Massachusetts, Maryland, Maine, New Hampshire, Nova York, Vermont, Washington, Delaware, Rhode Island e Minnesota, além do Distrito de Columbia.

3.2 A evolução do conceito de família

Como já foi mencionado, o significado da palavra família é objeto de constante mudança, na medida em que a sociedade está em sempre em evolução, pois ela sofre

influência da época e do lugar, como por exemplo, o atual conceito, leva em consideração a diversidade, justificada pela incessante busca por afeto e felicidade.

Para alguns historiadores praticantes da teologia, o primeiro caso de uma família foi composto apenas entre um homem – Adão e uma mulher – Eva. Posteriormente, na Antiguidade com a vigência do Código de Hammurabi, a entidade familiar era caracterizada pela lei patriarcal e o casamento monogâmico.

No Direito da Roma Antiga, nasceu a figura da família natural que era apenas composta por um casal e seus filhos e tal relação era constituída pelo matrimônio, vale ressaltar que tal conceito é oriundo de uma sociedade patriarcal e com isso, apenas ao homem era concedido o direito de romper o matrimônio.

Nessa época, o afeto não era o fator determinante na escolha do parceiro, mas sim o propósito de aumento de riquezas, preservação da honra e/ou qualquer motivo a mando do *pater família*, segundo Caio Mario da Silva Pereira (2004, p.28) leciona:

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los tirar-lhe a vida.

Com a transferência do Poder para a Igreja Católica, a partir do século V, o conceito de família natural foi alterado, pois o direito canônico regulava que o casamento é uma instituição sacralizada e indissolúvel, e única formadora da família cristão.

Apenas no século XIX, que a ideologia cristã passou a ser afastada. Foi na Dinamarca, pós-modernidade que nasceu a primeira regulamentação da união homoafetiva, tendo a Suécia em 1995 alcançado o mesmo entendimento.

No Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal 1988, o Código Civil vigente era do ano de 1916 que sistematizava o modelo patriarcal. Para o autor Luiz Edson Fachin, frente ao mencionado Código, o sujeito de direito representava ser “sujeito de patrimônio”, ter muitos bens e nesta esteira de entendimento, a legislação cível daquela época, totalmente patrimonialista, valorizava mais o “ter” do que o “ser” e direcionava-se aos grandes proprietários, devendo-se frisar que a massa popular não sabia de seus direitos e tampouco que poderia invocá-los.

Naquela época, apenas o casamento era considerado entidade familiar juridicamente reconhecida, não sendo possível a aplicação do instituto do divórcio segundo o art. 315 do Código Civil de 1916:

Art. 315. Revogado pela Lei n.º 6.515, de 26.12.1977:

Texto original: A sociedade conjugal termina:

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a célula familiar sofreu uma nova modificação, no tocante à proteção jurídica para todas as formas de construção familiar. Agora, não é apenas o casamento uma consideração de família, mas também a união estável. Tal evolução influenciou ainda o Código Civil de 2002, de maneira que ampliou o conceito de família trazendo a regulamentação da união estável, legitimidade de filho adotado e igualdade de direitos frente aos filhos biológicos, e outros.

Por ser considerado o interesse principal da família, o afeto, enquanto valor fundamental das relações familiares, ainda que não esteja expresso no texto constitucional, ganha aplicação nas letras de inúmeros juristas.

Cabe salientar, por fim, que apesar de serem institutos distintos, em recente decisão dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694 que são paradigmas para a tese de repercussão geral em que o Supremo Tribunal Federal decidiu os termos de direito sucessório para os casais que convivem em união estável, tendo eles o direito à mesma regra do casamento seja para as relações homoafetivas, seja para entre homens e mulheres. Com isso, seria o art. 1.790 do Código Civil inconstitucional, conforme as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

3.3 “Orientação sexual” e “identidade de gênero”

Antes de adentrar nos conceitos de orientação sexual e identidade de gênero cabe destacar que não existe um conceito único, pois há inúmeras premissas acerca do que é “sexo” e do que é “gênero”, por isso, para o presente trabalho serão abordadas apenas as concepções mais atuais.

Precipuamente, o que determina o “sexo” de uma pessoa, não é apenas os órgãos genitais, mas segundo André Cortes Vieira Lopes existe um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais. Com isso, o conceito de que o “sexo” é determinado pela presença do cromossomo XX ou YY, ovários ou testículos ou ainda por vagina ou pênis, tornasse ultrapassado.

Em relação ao “gênero”, tradicionalmente é tratado como um conjunto de comportamentos esperados do homem-masculino e da mulher-feminina, sendo por exemplo, a afetividade e obediência para a mulher e racionalidade e liderança para o homem. Com base no pensamento construtivista:

Os conceitos de feminilidade e masculinidade devem ser entendidos como relativos e variantes de acordo com cada sociedade e seus valores, com o conseqüente repúdio a qualquer argumento que vise “cientificar” atitudes e características que sejam inerentes ao “sexo biológico”. (VECCHIATTI, 2015)

Com isso, nas brilhantes palavras de Maria Berenice (2016, p.53) pode-se concluir que:

Identidade de gênero está ligada ao gênero com o qual pessoa se reconhece: como homem, como mulher, como ambos ou como nenhum. Experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento. (...) Independente dos órgãos genitais e de qualquer outra característica anatômica.

Por outro lado, orientação sexual, sendo esse o termo correto e não, “opção sexual” ou “escolha sexual”, corresponde ao direcionamento dos desejos das pessoas, seja idêntico, para oposto ou para ambos os sexos. Assim, como afirma Adriana Maluf (2011, p.215), a orientação sexual – quer para heterossexual, quer para homossexual – não parecer ser algo que uma pessoa escolha.

Com a necessidade de criação de um mecanismo para guiar a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em relação à “orientação sexual” e à

“identidade de gênero”, em 2006 através do apoio mutuo de juízes, membros de ONGs e da ONU e acadêmicos, criaram os princípios do Yogyakarta ³ que versam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e a identidade de gênero. São eles:

- 1) Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos;
- 2) Direito à Igualdade e à não Discriminação;
- 3) Direito ao Reconhecimento perante a Lei;
- 4) Direito à Vida;
- 5) Direito à Segurança Pessoal;
- 6) Direito à Privacidade;
- 7) Direito de não Sofrer Privação Arbitrária da Liberdade;
- 8) Direito a um Julgamento Justo;
- 9) Direito a Tratamento Humano durante a Detenção;
- 10)Direito de não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante;
- 11)Direito à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos;
- 12)Direito ao Trabalho;
- 13)Direito à Seguridade Social e outras Medidas de Proteção Social;
- 14)Direito a um Padrão de Vida Adequado;
- 15)Direito à Habilitação Adequada;
- 16)Direito à Educação;
- 17)Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde;
- 18)Proteção contra Abusos Médicos;
- 19)Direito à Liberdade de Opinião e Expressão;
- 20)Direito à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas;
- 21)Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião;
- 22)Direito à Liberdade de Ir e Vir;
- 23)Direito de Buscar Asilo;

³ Os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver.

- 24)Direito de Constituir uma Família;
- 25)Direito de Participar da Vida Pública;
- 26)Direito de Participar da Vida Cultural;
- 27)Direito de Promover os Direitos Humanos;
- 28)Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes;
- 29)Responsabilização (accountability).

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 477.554 de relatoria do Ministro Celso de Mello, trouxe a figura jurídica dos princípios de Yogyakarta para fundamentar sua decisão:

Entendo que o acórdão ora recorrido não só conflita com os precedentes firmados por esta Suprema Corte, mas diverge, por igual, dos **Princípios de Yogyakarta**, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o **Princípio nº 24**, cujo teor assim dispõe: **“DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA”** Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. (grifos nossos)

Cabe ainda ressaltar acerca de dois conceitos importantes para dar continuidade ao trabalho monográfico. Nas sábias palavras da jurista Maria Berenice Dias (2016, p. 54):

Os intersexuais são aqueles conhecidos como hermafroditas ou andrógenos, ou seja, pessoas que possuem genitais ambíguos, com características de ambos os sexos, e que podem ser reconhecidos como homem ou mulher, independente das características físicas. Já os transexuais são indivíduos que, via de regra, desde tenra idade, se identificam com o sexo oposto. Sentem-se como se tivessem nascido no corpo errado. Vivenciam forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero, entre o seu estado psicológico de gênero e suas características físicas e morfológicas. De um modo geral buscam todas as formas de adequar-se ao seu sexo psicológico.

Por fim, é necessário especificar que independente da identidade de gênero a Constituição Federal assegura o direito à identidade, à dignidade, à igualdade, à

cidadania e à privacidade. Princípios esses que são basilares na defesa da aplicação da Lei Maria da Penha conforme será discutido em um capítulo específico.

3.4 Relações Homoafetivas

Nas palavras de Adriana Nunam (2003, p.158), a homossexualidade pode ser definida tanto pelo comportamento sexual do indivíduo quanto por seus sentimentos e atração em relação a outras pessoas do mesmo sexo biológico que o seu.

Conforme já foi mencionado, houve uma evolução no conceito de família que hoje tem como seu elemento essencial, antes de qualquer outro, o afeto, mas também a troca de amparo e responsabilidade, segundo Ana Maria Gonçalves Louzada (2011, p.268).

Sendo assim, o Direito não regula sentimentos, mas sim a união que deriva do afeto de um ser humano por outro.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal na ADIN 4.277 e ADPF 132 de relatoria do Ministro Ayres Brito, reconheceu a união estável como gênero que comporta mais de uma espécie, a depender da identidade ou diversidade de sexo de seus integrantes:

Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.

Cabe ressaltar que a união homoafetiva já havia sido declarada como entidade familiar, mais precisamente no ano de 2001 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em uma ação de reconhecimento e partilha de patrimônio de relatoria do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis da Sétima Câmara Cível, conforme trecho a seguir:

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são

realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. ⁴

Outra situação importante foi a resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça que aprovou o casamento de pessoas do mesmo sexo e possui a seguinte redação, é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Seguindo essa premissa, um Estado Democrático de Direito não pode fazer distinções em seu ordenamento jurídico sobre casais heteros e homossexuais, se não feriria seu princípio basilar que é a igualdade, seguido da liberdade.

Apesar de não estar expressamente prevista na Constituição Federal, não se pode excluir à proteção para casais que sejam formados por duas pessoas do mesmo sexo, sob pena de ferir a filosofia Kelseniana de que tudo que não está explicitamente proibido está implicitamente permitido.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70001388982**. Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Julgamento em 14 de março de 2001. Disponível em: < <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/350.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A APLICABILIDADE DA LEI 11.304/2006 NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Com a inovação do conceito de entidade familiar, as relações homoafetivas ganham cada vez mais amparo legal sob a égide dos princípios constitucionais, não podendo, portanto, um Estado Democrático de Direito desrespeitar seus princípios. Dessa forma, é importante analisar que a aplicação desses princípios garante um panorama mais democrático quanto à proteção as vítimas homoafetivas de violência doméstica.

Com isso, a seguir será abordado de forma individual os principais pilares que dão efetividade a garantia e aplicação dos direitos humanos para as pessoas homossexuais e transexuais.

4.1 Princípio da igualdade

Está consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, o princípio da igualdade que possui a seguinte premissa de “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, garantindo a máxima proteção de que um ser humano não possui qualquer superioridade em relação a outro; e no art. 3º, inciso IV está expressa a vedação a qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, aqui podendo ser então acrescentada quanto à preferência sexual.

No tocante especificamente à discriminação pela orientação sexual, o impedimento discriminatório está previsto não somente na Constituição Federal, mas também no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, dos quais o Estado Brasileiro é signatário. Possuindo as respectivas redações:

- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

PARTE II - ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião

política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição social.

- Convenção Americana de Direitos Humanos:

PARTE I - DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I - ENUMERAÇÃO DE DEVERES

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

É importante ainda observar que o princípio da igualdade possui aspecto duplo no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o material e o formal. A igualdade formal é aquela assegurada pela legislação, ou seja, é a aplicação do direito sem qualquer distinção, enquanto que a igualdade material traz a igualdade de tratamento para os casos iguais, e a diferenciação em situações de hipóteses distintas.

Em sua dimensão formal, o princípio da igualdade para Stela Valeria (2008, p.119), é que a “igualdade perante a lei impede a promulgação de leis que tratem de modo desigual as pessoas, diz respeito ao poder regulamentador do legislativo”. Ou seja, ela implica em tratamento jurídico não diferenciado, independente da orientação sexual de uma determinada pessoa.

Na sua órbita material, nas palavras de Roger Raupp (2002, p.119), “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”. Ou ainda, nas eternas palavras de Aristóteles, *deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*.

Sendo assim, o princípio da igualdade não é absoluto, no seu aspecto material em determinadas situações é possível realizar sua mitigação, no entanto, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo ⁵ é necessário investigar se há congruência entre a distinção do regime estabelecido e a desigualdade de situações respectivas.

⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, p. 93

4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo se via numa situação de extrema calamidade em decorrência, principalmente, dos horrores causados pelo regime nazista, fazendo então, surgir a necessidade de um instituto que protegesse a dignidade humana.

Expresso no art. 1º, inciso III da CFRB/88, o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como fundamento do Estado Democrático Brasileiro, sendo assim, ele estabelece que todos são merecedores de proteção para viverem suas vidas da maneira que escolher, sem serem submetidos a violência físicas, psíquicas, ou qualquer forma de depreciação.

O princípio da dignidade é considerado inspiração aos típicos direitos fundamentais, como à vida, à liberdade, à integridade física e íntima, à igualdade, à segurança de cada indivíduo etc. e tais institutos devem ser garantidos por um Estado que se julga ser Democrático de Direito.

Nos dizeres de Taísa Fernandes (2004):

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.

A Assembleia Geral da ONU criou duas Resoluções que reconhecem os direitos LGBTIQQ⁶ como direitos humanos e com isso são amparados pelo princípio da dignidade, sendo elas:

– A/HRC/RES/17/19 de 17.06.11 – assevera que todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito a sua dignidade e seus direitos e que cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades, sem nenhuma distinção.

⁶ A sigla mais completa para representar a comunidade homossexual é a LGBTIQQ, que em tradução livre significa, lésbica, gay, bissexual, transgênero, intersexo e "estranho". Acerca do "estranho" ou queer, importa informar que é um movimento que toma uma direção não esperada, que contesta as normas dominantes, de modo que lésbicas, gays, intersex, bissexuais, trans, trabalhadoras sexuais podem viver com menos medo no mundo", segundo Judith Butler – uma das teóricas desse movimento.

– A/HRC/RES/27/32 de 02.10.14 – afirma como direitos humanos a orientação sexual e a identidade de gênero. Diante da grande violência e a perseguição de LGBTI no mundo, resolveu manter um núcleo para monitorar as boas práticas e os atos de violência e perseguição.

Por fim, partindo dessa premissa de que um Estado democrático de direito deve conferir proteção jurídica à dignidade da pessoa humana, torna-se claro que qualquer argumento contrário ao reconhecimento de direitos decorrentes das uniões homoafetivas são válidos.

4.3 Princípio da proporcionalidade

Inicialmente, cabe destacar que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade não são sinônimos. Bem caminha José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 189) ao dizer que enquanto a razoabilidade se volta à aferição de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, vedando o excesso e a arbitrariedade, a proporcionalidade se destina à manutenção e conformação da coexistência pacífica e harmoniosa do amplo rol de direitos fundamentais consagrados à pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade surgiu na história moderna como resultado da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito. No entanto, só alcançou dimensões constitucionais com o fim da 2ª Guerra Mundial, quando surgiu a Alemanha, um Estado de Direito cuja concepção que restou atrelada ao princípio da constitucionalidade, o qual, por sua vez, deslocou “para o respeito dos direitos fundamentais o centro da gravidade da ordem jurídica”.

Tal princípio, não está formalmente positivado no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas é aplicado, uma vez que, ele visa servir como método de controle dos atos estatais no sentido de averiguar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, para num momento oportuno, solucionar conflito entre dois ou mais direitos fundamentais.

Ademais, nesse sentido segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2012, p.93) uma discriminação somente seria juridicamente possível se igualmente respeitar os ditames do princípio da proporcionalidade, visto que somente haverá racionalidade na diferenciação se ela for adequada a atingir os fins pretendidos; necessária, ante a

inexistência de outra forma menos gravosa para tanto e, por fim, proporcional em sentido estrito, uma vez que o valor protegido com a desequiparação deve ser maior do que o valor por ela restringido ou sacrificado no caso concreto.

4.4 Princípio da liberdade

Considerado o principal lema da Revolução Francesa, a liberdade é classificada como direito fundamental de primeira dimensão ou primeira geração, que são os direitos que possuem como principal característica a exigência de abstenção do Estado.

A ideia de liberdade é ampla, podendo ser sintetizada como a sensação de estar livre, ou nas oponentes palavras de Maria Berenice Dias (2004, p.32), ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

Tratando especificamente da questão da sexualidade, a liberdade consiste no direito a pessoa em se descobrir, independentemente de sua vontade, qual direção sua atração se desloca. Nesse sentido, José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 184) destacam que:

A liberdade de orientação sexual está amplamente protegida pela Constituição Federal. Não é possível conceder que o Estado possa, em qualquer hipótese, determinar o tipo de relação sexual que é válida, condenando as demais, ou simplesmente ignorando-as e, por isso, deixar de reconhecer os direitos que naturalmente possam delas advir.

Conclui-se então que é inconstitucional qualquer postura do Estado que negue reconhecimento jurídico ou discrimine negativamente determinadas pessoas que possuem consciência homoafetiva.

5 APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006 NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Antes de entrar efetivamente na aplicação da lei nas relações homoafetivas é importante trazer algumas considerações como: quais são as formas de violência abrangidas pela lei e os seus tipos, quem é sujeito ativo e passivo dos crimes domésticos, para pôr fim chegar no posicionamento dos Tribunais Superiores.

5.1 Violência doméstica e familiar: conceitos e tipos

O artigo 5º da Lei 11.340/2006 define que violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Possuindo a seguinte redação:

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: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

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.

Na primeira hipótese, o ambiente descrito é a unidade doméstica, por ele, entende-se que são aquelas relações permanentes de pessoas, ou seja, por exemplo a relação marido e mulher, podendo haver ou não o vínculo familiar, e com isso abarca as pessoas esporadicamente agregadas como mulheres que são tuteladas, curateladas, sobrinhas e outras, não podendo por tanto, ser aplicada em situações de relação momentânea.

O segundo ambiente é o âmbito da família, ou seja, tanto por vínculos de parentesco natural como pai, mãe, filha e outros; como civil que é a hipótese do marido, sogra, cunhada etc; por afinidade, podendo ser destacada a figura do primo, cunhado ou tio; ou ainda de afetividade, tal como amigos que dividem o mesmo apartamento.

Por fim, se tem o ambiente de qualquer relação íntima de afeto. O STJ entendeu no ano de 2008 no julgamento do Conflito de Competência 91.980-MG, que a Lei Maria da Penha não deveria ser aplicada nos casos em que envolvendo ex-namorados. Todavia, em no julgamento do HC 181217/RS, o Tribunal mudou seu entendimento e aplicou a Lei na situação de namoro:

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, analisando o tema posto em debate, vem manifestando seu entendimento jurisprudencial no sentido da configuração de violência doméstica contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado. Esta orientação decorre do raciocínio de que, nestas circunstâncias, há o pressuposto de uma relação íntima de afeto a ser protegida, por ocasião do anterior convívio do agressor com a vítima, ainda que não tenham coabitado.

Com isso, a Lei Maria da Penha abrange muito além da violência doméstica cometida contra a mulher esposa ou companheira, podendo ser aplicada ainda, por exemplo, na violência praticada pelo (ex)namorado, estupro contra empregada doméstica, proferir ameaça contra a cunhada, mulher que agredi a ex-sogra, relação entre mãe e filha, agressão de pai contra filha, contra agressor transexual e outros casos.

Outro ponto importante é que a Lei 11.340/2006 em seu artigo 7º tipifica cinco formas de violência contra a mulher, não trazendo apenas a violência que deixa seqüela física, mas também a psicológica, sexual, patrimonial e moral. Vejamos:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Para o Conselho Nacional de Justiça, a violência psicológica é qualquer ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal; a violência física ação ou omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física de uma pessoa; violência sexual é ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou a participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal. Considera-se como violência sexual também o fato de o agressor obrigar a vítima a realizar alguns desses atos com terceiros; violência patrimonial ato de violência que implique dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores; e a violência moral é ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação da mulher.

Importa consignar ainda que não apenas a ação gera responsabilização, mas também a omissão diante da violência segundo dispõe o artigo 5, caput, 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.

5.2 Sujeitos dos crimes domésticos

Como já foi anteriormente exposto, para configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, mas sim que o ambiente seja de relação familiar ou de afetividade.

A primeira figura a ser destacada é o sujeito ativo, que nas palavras de Fernando Capez (2006):

A pessoa humana que pratica a figura típica descrita na lei, isolada ou conjuntamente com outros atores. O conceito abrange não só aquele que pratica o núcleo da figura típica (quem mata, subtrai etc.), como também o partícipe, que colabora de alguma forma na conduta típica, sem, contudo, executar atos de conotação típica, mas que de alguma forma, subjetiva ou objetivamente, contribui para a ação criminosa.

Nos crimes previstos na Lei Maria da Penha, pouco importa quem cometeu o delito, se foi homem ou mulher, basta que o vínculo esteja caracterizado e comprovado seja em relação doméstica, familiar ou afetiva.

No que diz respeito ao sujeito passivo existem inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais conforme será auferido. Inicialmente, cabe conceituar que sujeito passivo é aquele titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa, ou nas palavras de Julio Fabrinni Mirabete:

Sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. Nada impede que, em um delito, dois ou mais sujeitos passivos existam: desde que tenham sido lesados ou ameaçados em seus bens jurídicos referidos no tipo, são vítimas do crime. Exemplificando, são sujeitos passivos de crime: aquele que morre (no homicídio), aquele que é ferido (na lesão corporal), o possuidor da coisa móvel (no furto), o detentor da coisa que sofre a violência e o proprietário da coisa (no roubo), o Estado (na prevaricação).

A discussão mais importante para esse trabalho monográfico se dá ao redor da possibilidade de lésbica, gay ou transexual ser sujeito passivo da Lei Maria da Penha, a seguir será analisada cada hipótese.

5.2.1 Lésbica como sujeito passivo

Grande parte da doutrina caminha no entendimento que a mulheres que mantenham relação homoafetiva podem obter a proteção da Lei 11.340/2006. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2015, p.67) brilha ao defender que:

Assim, lésbicas e transmulheres: transexuais, travestis e intersexuais, que tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência.

Em 2012 a Terceira Câmara Criminal do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro declarou competente o Juizado de Violência Doméstica e Familiar para processar e julgar uma agressão física sofrida por uma mulher que mantinha relação homoafetiva com outra, com isso restou claro seu entendimento para aplicação da Lei Maria da Penha, nessas hipóteses. Segue trecho da decisão:

Assim, se a agressão física sofrida pela vítima, que tem relação homoafetiva com a acusada há mais de 15 anos, aconteceu no âmbito familiar na residência em que coabitam, incide a Lei Maria da Penha, competindo ao Juizado da Violência Doméstica o processo e julgamento, independentemente do sujeito ativo também ser do sexo feminino.⁷

Recentemente, um juiz do Juizado de Violência Doméstica da Comarca de Rio Verde do Estado de Goiás, entendeu que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada nas relações homoafetivas entre mulheres, rejeitando o pedido do Ministério Público local de que a Lei não poderia ser invocada nessa situação, conforme decisão:

Da análise dos presentes autos, tenho que o pedido formulado pelo ilustre representante do Ministério Público no evento 05 não merece acolhimento, uma vez que este Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher possui competência para o processamento e devida apreciação do presente inquérito policial encaminhado pela Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher desta comarca. Para aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), a relação existente entre o sujeito ativo e o passivo deve ser analisada em face do caso concreto (...). Assim, a legislação especial busca proteger a mulher não em razão do sexo, mas em virtude do gênero, não se tratando de expressões sinônimas.⁸

A própria redação da Lei Maria da Penha, em especial a dos artigos 2º e 5º parágrafo único, não deixa dúvidas quanto a sua aplicabilidade a casais homoafetivos femininos.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Conflito de Competência nº 0048425-39.2012.8.19.0000**. Relator Desembargador Valmir de Oliveira Silva. Julgamento em 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000400FC80F7E1C11470637BBDDBBE98DAC325C457245F16>>. Acesso em 02 dez 2017.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Julgamento em 29 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/TJGOMariadaPenharelacaoentremulheres.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017

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:

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

5.2.2 Gay como sujeito passivo

Nas relações homoafetivas entre casais do sexo masculino a Lei 11.340/2006 tem sido aplicada com base na analogia, uma vez que, essas relações não tiveram assento na redação da lei e com fundamento, principalmente, nos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana que já foram anteriormente abordados e a vulnerabilidade de uma das partes na relação.

É certo que a aplicação da Lei Maria da Penha nessas hipóteses não está pacificada doutrinariamente e jurisprudencialmente sob um dos argumentos de que tal aplicação iria desviar a finalidade da lei. No entanto, tal alegação não merece prosperar conforme aduz Luiz Flávio Gomes:

Parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da 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 e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.

Nesse cenário, destaca-se a seguinte decisão proferida, em 2011, pelo magistrado Alcides da Fonseca Neto da 11ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que aplicou as medidas cautelares protegendo o homem que tinha relação homoafetiva:

Por fim, importa finalmente salientar que a presente medida, de natureza cautelar, é concedida com fundamento na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), muito embora esta Lei seja direcionada para as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Entretanto, a especial proteção destinada à mulher pode e deve 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, até mesmo para que seja respeitado o Princípio Constitucional da Isonomia.⁹

No caso acima apresentado, o juiz recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público que deu parecer favorável à medida, no entanto, o réu teve extinta sua punibilidade e decretada a revogação da prisão preventiva, uma vez que, o ofendido, voltou a manter relação com o acusado, segundo a sentença proferida em 12/12/2011.

Diferentemente, em 2011 a 8ª Câmara Criminal do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro entendeu que:

A lei Maria da Penha foi criada com a finalidade de coibir a violência perpetrada contra a mulher, considerando como gênero, em seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade. (...)

Dessa forma, sendo a vítima do sexo masculino, como na hipótese dos autos, a competência é do Juizado Especial Criminal. (...) voto no sentido de conhecer-se do conflito, determinando-se como competente para a apreciação da 'res in deducta', o Juízo do XV Juizado Especial Criminal de Madureira, ora suscitado.¹⁰

Diante do exposto, só resta trazer as palavras de Luiz Flávio Gomes, com relação as medidas protetivas, elas podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa, impondo-se a analogia in bonam partem.

5.2.3 Transexual como sujeito passivo

Referente à aplicação da Lei Maria da Penha para transexuais, a princípio poderiam surgir inúmeras divergências quanto a sua possibilidade para os casos em que o transexual ainda não realizou a cirurgia de sexo, transexuais que realizaram a cirurgia de troca de sexo, mas não conseguiram a alteração de registro, ou ainda para aqueles transexuais que realizaram a cirurgia de troca de sexo e conseguiram

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo 0093306-35.2011.8.19.0001**. Decisão 18 de abril de 2011. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2011.001.078699-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>> acesso em: 16 nov. 2017.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Conflito de Jurisdição nº 0021637-32.2010.8.19.0202**. Decisão 23 de março de 2011. Relatora Desembargadora Suely Lopes Magalhães. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046D6C866CD5F9D9998C88ECD89A34D46ACAC425213960&USER=>> acesso em: 16 nov. 2017.

alteração de registro. No entanto, qualquer distinção deve cair por terra conforme doutrina Maria Berenice Dias:

No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.

Foi nesse viés que entendeu o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Gonçalo no Estado do Rio de Janeiro, ao decidir que uma mulher transexual goze das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, conforme trecho a seguir:

A LMP cuidou da violência baseada no gênero e não vemos qualquer impossibilidade de que o sujeito ativo do crime possa ser uma mulher. Isso porque a cultura machista e patriarcal se estruturou de tal forma e com tamanho poder de dominação que suas ideias foram naturalizadas na sociedade, inclusive por mulheres. Sendo assim, não raro, mulheres assumem comportamentos machistas e os reproduzem, assumindo, não raro, o papel de opressor.¹¹

Também tendo julgado nesse sentido, o Desembargador João Ziraldo Maia que entendeu pela manutenção das medidas protetivas a um homem transgênero, segundo trecho da decisão:

A jurisprudência tem afirmativamente promovido socialmente a proteção de diversos segmentos sociais, já que o processo legislativo não acompanha a evolução social e a realidade que se apresenta na mesma velocidade. Deixo de revogar as medidas protetivas (...) pela mesma razão salutar de evitação de novas contendas e proteção da dignidade da pessoa humana de ambos os contendores, sem qualquer discriminação decorrente do gênero social com o qual se identificam as partes.¹²

Para evitar futuras decisões que venham rejeitar a aplicabilidade da Lei para transexuais, atualmente, existe um projeto de lei de autoria da Deputada Jandira Feghali, sob o número 8032/2014, que se encontra pronto para pauta na Comissão

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo 0018790-25.2017.8.19.0004**. Decisão 26 de maio de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem-protege-mulher.pdf>> acesso em: 16 nov. 2017

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0048555-53.2017.8.19.0000**. Decisão 05 de setembro de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-protege-mulher-trans.pdf>> acesso em: 02 dez. 2017.

de Direitos Humanos e Minorias, com o intuito de ampliar a proteção da Lei às pessoas transexuais e transgênero.

5.3 Posicionamento dos tribunais

Por ser o Direito Homoafetivo um assunto atual e polêmico, que vai de encontro ao preconceito que na maioria das vezes é fruto das ideias religiosas, é certo que o tema ainda não se encontra pacificado e por isso gera inúmeras discussões divergentes.

O Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, que tem suas decisões conhecidas como inovadoras, em 22 de julho 2010, ao julgar o conflito de competência nº70036742047 da Terceira Câmara Criminal com Relatoria do Desembargador Dr. Ivan Leomar Bruxel, decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha na relação homoafetiva entre duas mulheres, conforme a seguir:

Assim, a doutrina tem se manifestado pela viabilidade da aplicação da legislação protetiva da Lei Maria da Penha, ainda que em fatos decorrentes de violência doméstica em relações homoafetivas (...)

Destarte, não vejo como afastar das hipóteses de violência doméstica abrangidas pela Lei Maria da Penha fato que, em tese, configuraria violência doméstica, apenas em razão da vítima e agressora serem ambas mulheres, dando-se especial relevância ao parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.340/06, o qual deixa claro que a configuração de violência doméstica **independe de orientação sexual**. (grifos nossos)

Não diferente, o Tribunal do Estado de Minas Gerais no recurso em sentido estrito nº 1.0024.07.791863-9/001, se posicionou no sentido de que:

Se uma mulher de orientação homossexual sofrer lesões corporais praticadas por sua companheira, no âmbito doméstico e familiar, a meu ver, aplicar-se-á a Lei Maria da Penha, em todos os seus termos (aumento de pena, medidas protetivas de urgência, etc.)¹³.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.07.791863-9/001**. Sétima Câmara Criminal. Relator Desembargador Duarte de Paula. Julgamento em 02 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1072.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Prestigiando o princípio da razoabilidade, para dar aplicabilidade da Lei 11.340/2006 às vítimas de sexo masculina, o Tribunal do Estado de Minas Gerais decidiu que:

Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/06 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente.

Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças.

A leitura da Lei Federal 11.340/06, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que seja plenamente lícita suas disposições.

Neste contexto, inexistente a condição de inconstitucionalidade decorrente da discriminação produzida, mas tão somente uma imposição inconstitucional que deve ser suplantada pelo intérprete equiparando as condições de homem e mulher, de modo a permitir a análise da pretensão que é da competência do Juízo que afastou a incidência da norma.¹⁴

Para as vítimas transexuais, em decisão recente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aplicou a Lei 11.340/2006 nos moldes a seguir:

Entendo que a pretensão da vítima, de opção transexual, não pode ser inviabilizada pela adoção de um simples raciocínio de critério biológico, que conclui que, como pessoa do sexo masculino, não sofre violência de gênero. A identidade de gênero deve ser definida como a experiência pessoal, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído biologicamente.

Conforme bem registrou o Parquet, a vítima, de sexo masculino, possui, em seu íntimo, necessidade de adequação ao gênero feminino com o qual se identifica psicologicamente, tanto física quanto socialmente. Registro que a "Convenção de Belém do Pará" (Decreto 1973/1996), que precede a Lei Maria da Penha, esclarece, em seu artigo 1º, que o conceito de violência contra a mulher se refere a qualquer ato ou conduta baseada no gênero. Em âmbito internacional, o Estatuto de Roma, internalizado pelo

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0/001**. Primeira Câmara Criminal. Relator Desembargador Judimar Biber. Julgamento em 06 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=53&totalLinhas=61&paginaNumero=53&linhasPorPagina=1&palavras=lei%20maria%20penha&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=0-6908&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 23 nov. 2017

Decreto 4.388/2002, trata do conceito de gênero numa perspectiva social. Por isso, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que a livre escolha do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, seja respeitada e amparada juridicamente a fim de se garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Feitas essas considerações, entendo que é possível o deferimento de medidas protetivas da Lei 11.343/2006 a pessoa transexual que, a despeito de ser do gênero biológico masculino, se inclui no gênero social feminino.¹⁵

Por fim, em 2008 o Superior Tribunal de Justiça já havia entendido que o sujeito passivo é apenas mulher, mas o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, de acordo com o conflito de competência nº 88.027 – MG:

O sujeito ativo da violência doméstica tanto pode ser o homem, quanto a mulher, em virtude de o parágrafo único do art. 5º estabelecer que as relações pessoais independem de orientação sexual. (...)

Segundo a corrente defendida por vários juristas, dentre eles Sérgio Ricardo de Souza (SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher, 2ª Edição, Juruá Editora, Curitiba, 2008), a ênfase principal da lei não é a questão de gênero, tendo o legislador dado prioridade à criação de mecanismos que coíbam e previnam a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem importar o gênero do agressor que tanto pode ser homem quanto mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.¹⁶

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0382.15.013206-8/001**. Primeira Câmara Criminal. Relator Desembargador Flávio Leite. Julgamento em 27 de junho de 2017. Disponível em: <

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=16&totalLinhas=155&paginaNumero=16&linhasPorPagina=1&palavras=lei%20maria%20penha&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-1&listaRelator=2-3178845&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 23 nov. 2017

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº Nº 88.027** - MG. Ministro Relator OG Fernandes. Julgamento em 05 de dezembro de 2008. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4452837&num_registro=200701718061&data=20081218&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2017

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo central trazer a possibilidade ou não, da Lei Maria da Penha ser aplicada nas relações homoafetivas, haja vista que a Lei só trouxe expressamente a vítima mulher

Inferre-se após análise do trabalho que a Lei 11.340/2006 nasceu em decorrência de grande luta feminina, em especial da emblemática figura de Maria da Penha Maia Fernandes. Anteriormente, não se tinha uma legislação que visasse dar proteção e efetivar os direitos das mulheres que antes eram tratados em sede dos Juizados Especiais.

Restou demonstrado que o conceito de família sofreu inúmeras mutações ao longo da história, mas a Lei Maria da Penha corou o conceito de família como relação íntima de afeto e com isso alcançou as uniões homoafetivas, tendo essa sido a primeira referência infraconstitucional às famílias compostas por pessoas do mesmo sexo.

Ademais, os principais princípios que possibilitam a aplicação da Lei Maria da Penha para as relações homoafetivas foram abordados, cabendo ressaltar que não os aplicar significa ferir um direito natural, ou seja, que nasce com a pessoa, por isso faz parte dela, independente de sua orientação sexual, religião, raça, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

Diante disso, em determinadas situações é possível alastrar a aplicabilidade da Lei objeto do trabalho para as relações homoafetivas, seja ela composta por homens ou mulheres.

A jurisprudência, tem se tornado um grande aliado dessa parcela da sociedade, que apesar de agir de forma lenta, já trouxe avanços significativos. Quando o operador do direito decide pela não ampliação do limite de aplicação da Lei as relações homoafetivas, que são uma realidade, ele está colocando essas pessoas à margem da sociedade e como já foi mencionado, a orientação sexual de uma pessoa não pode ser objeto de diferenciação.

Portanto, garantir a proteção às vítimas homoafetivas de violência doméstica é suprimir a omissão legislativa que é fruto de uma sociedade preconceituosa, para então, evoluir e se tornar um Estado democrata de fato, e não apenas aquele inserido no art. 1º da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ALBARRAN, Patrícia Andréa Osandón. **Ongs feministas: conquistas e resultados no âmbito da Lei Maria da Penha**. Livepublish, Brasília, junho, 2013. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/f6a/fef/193a?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- AFFONSO, Beatriz; PENHA, Maria da; PANDJIARJIAN, Valéria. O caso Maria da Penha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Julho, 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0707200808.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- BEDONE, Carla Ripoli, et. al. **O estudo de caso da elaboração da Lei Maria da Penha de acordo com o Processo Legislativo Constitucional**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://carolinamferreira.jusbrasil.com.br/artigos/326622717/o-estudo-de-caso-da-elaboracao-da-lei-maria-da-penha-de-acordo-com-o-processo-legislativo-constitucional>>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual 2000**. Relatório nº 54/01* Caso 12.051. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n175-14-05-2013-presidencia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogado. Diário Oficial [da] União, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. . Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº88.027-MG**. Ministro Relator OG Fernandes. Julgamento em 05 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq>>

uencial=4452837&num_registro=200701718061&data=20081218&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 181217/RS**. 5ª Turma. Ministro Relator Gilson Dipp. Julgamento em 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=17518145&num_registro=201001431799&data=20111104&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 5 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=571949>>.

Acesso em: 28 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477.554 MG**. Ministro Relator Celso de Mello. Julgamento em 01 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132–RJ**. Ministro Relator Ayres de Britto. Julgamento em 04 de maio de 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>.

Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Julgamento em 29 de setembro de 2017. Disponível em:

<<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/TJGOMariadaPenharelacaoentremulheres.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-1**. 2ª Turma Criminal. Relator(a): Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ 24/10/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0/001**. 1ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Judimar

Biber. Julgamento em 06 de novembro de 2007. Disponível em: <

[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=53&totalLinhas=61&paginaNumero=53&linhasPorPagina=1&palavras=lei%20maria%20penha&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=0-](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=53&totalLinhas=61&paginaNumero=53&linhasPorPagina=1&palavras=lei%20maria%20penha&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=0-6908&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&)

6908&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> . Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.07.791863-9/001**. 7ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Duarte de Paula. Julgamento em 02 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1072.pdf>> . Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo 0093306-35.2011.8.19.0001**. Decisão 18 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2011.001.078699-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>> acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo 0093306-35.2011.8.19.0001**. Decisão 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2011.001.078699-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>> acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo 0018790-25.2017.8.19.0004**. Decisão 26 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem-protege-mulher.pdf>> acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70001388982**. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Julgamento em 14 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/350.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Conflito de competência nº 70036742047**. Decisão 22 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70036742047%26num_processo%3D70036742047%26codEmenta%3D3668348++homoafetiva+++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70036742047&comarca=Sapucaia%20do%20Sul&dtJulg=22/07/2010&relator=Ivan%20Leomar%20Bruxel&aba=juris> Acesso em: 18 nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1460220/lei-maria-da-penha-aplicacao-para-situacoes-analogas>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

HIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012.

LIMA, André Canuto. **A proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais**. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31396/a-proporcionalidade-e-o-nucleo-essencial-dos-direitos-fundamentais/1>. Acesso em: 28 ago. 2017.

LOPES, André Córtes Vieira. **Transexualidade: Reflexos da Redesignação Sexual**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Sujeito Ativo do crime**. Disponível em: <http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/mira26.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

MINUZZI, Mateus Ciochetta, **Aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino e às relações homoafetivas**. Jus.com.br. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/28143/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-vitimas-do-sexo-masculino-e-as-relacoes-homoafetivas#_ftn9>. Acesso em: 6 nov. 2017.

RELAÇÕES homossexuais continuam a ser crime em 72 países. Público, jul. 2017. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/07/27/mundo/noticia/relacoes-homossexuais-continuam-a-ser-crime-em-72-paises-1780479>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

ROSA, Letícia Carla Baptista; MOCCHI, Tatiana de Freitas Giovanini. **Da importância da utilização** da razoabilidade e da proporcionalidade das decisões jurisdicionais circunscritas aos conflitos familiares. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eae27d77ca20db30>>. Acesso em 28 ago. 2017.

SILVA, Danila Dantas; SANTOS, Valdemir Ferreira. **A Lei Maria da Penha 11.340/2006: aplicabilidade aos casais homoafetivos homens**. Ed. Ideias e Inovação. Aracaju, v.1, n.3, p.113-125. 2013. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/ideiaseinovacao/article/view/1246/634>> Acesso em: 28 ago 2017.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentário a lei de combate à violência contra a mulher**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2008.

VIRGILIO, Jan Parol de Paula; GONÇALVES, Dalva Araújo. **Evolução histórica da família**. Disponível em: <http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/viewFile/150/426>>. Acesso em 30 jul. 2017

ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 8032/2014

PROJETO DE LEI Nº , DE 2014
(Da Sra. Jandira Feghali)

Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros.

Art. 2º O parágrafo único, do art. 5º da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres.”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Transexual é a pessoa que nasce biologicamente com determinado sexo, mas se vê pertencente a outro e cogita fazer tratamentos hormonais e cirurgia para mudar o corpo físico. Ao contrário do que já acreditaram psicanalistas no passado, esse não é um caso de psicose, com alucinações e delírios, defende o psicanalista Rafael Cossi.

O psiquiatra do HC Alexandre Saadeh explica que há um componente biológico muito importante na questão da identidade de gênero. "Hoje em dia, sabe-se que existe um cérebro feminino e um masculino, determinado no útero da mãe por hormônios masculinos circulantes. E isso interfere no desenvolvimento cerebral para uma linhagem feminina ou masculina. A cultura e o ambiente também têm importância, mas a determinação é biológica".

Ao se ver num corpo diferente do de seu cérebro, a pessoa passa a querer mudar de sexo, com o fim de ajustar o seu corpo à sua mente.

2Ora, se se vê a pessoa desde pequena como mulher, crescendo com os hábitos e costumes femininos, ao tornar-se adulta os seus caracteres mentais são, indubitavelmente, femininos, e, como tal, deve ser tratada como mulher.

De acordo com Didier Eribon, a vivência da expressão de gênero em desacordo com o sexo biológico é marcada pela injúria. Tal injúria é bem retratada por Berenice Bento:

“Pessoas transexuais e travestis são expulsas de casa, não conseguem estudar, não conseguem emprego, são excluídas de todos os campos sociais, entram na justiça para solicitar a mudança de nome e do sexo; enfim, um conjunto de instituições sociais é posto em ação toda vez que alguém afirma: ‘não me reconheço neste corpo, não me identifico com o gênero imposto (...)’.”

Ao realizar a mudança de sexo, o que a Medicina faz é tão-somente ajustar a mente ao corpo do transexual. Aplicar a proteção de que trata a Lei 11.340, de 2006, a Lei Maria da Penha, a essas pessoas, portanto, é algo que se nos afigura natural e necessário. A Lei, um instrumento de combate à violência doméstica contra a mulher, deve se aplicar a todos os casos envolvendo mulheres em situação de violência, abrangendo transexuais e transgêneros também.

Pelo exposto, conto com o apoio dos nobres pares a esta proposta.

Sala das Sessões, em 21 de Outubro de 2014.

Deputada Jandira Feghali

PCdoB/RJ