



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Aplicação da Lei Maria da Penha nas Relações Afetivas

Ariana Marques Melão

Rio de Janeiro
2011

ARIANA MARQUES MELÃO

A Aplicação da Lei Maria da Penha nas Relações Afetivas

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Profª Katia Silva
Profª Mônica Areal
Profª Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Ariana Marques Melão

Graduada pela Universidade
Cândido Mendes - Centro.
Advogada.

Resumo: A estruturação da família, notadamente na sociedade brasileira, vem apresentando diversas transformações e reconfigurações, razão pela qual é necessário adequar à interpretação legislativa a nova realidade social. Nesse contexto, observa-se que a Lei Maria da Penha vem sofrendo diversas alterações no que tange a sua interpretação, para abarcar as relações afetivas em um sentido amplo, isto é, buscando incidir tanto nas relações matrimoniais quanto apenas em um simples namoro. Discute-se, sob o manto da isonomia, a sua aplicabilidade ser restrita à mulher, nos termos do artigo 1º da Lei n. 11.340/06, sendo certo que há homens pleiteando a sua proteção. Essas reflexões têm por cerne o relacionamento humano, com o intuito de preservar a dignidade humana, uma vez que compete à lei atuar, em detrimento da vontade das partes, quando se constata a falência daquela união materializada em discussões e até agressões que podem ser tanto físicas quanto morais. A essência do trabalho é abordar a evolução da aplicação da Lei Maria da Penha no que tange aos sujeitos envolvidos, bem como a sua incidência nas diversas configurações de relacionamentos que permeiam a sociedade brasileira.

Palavras-chaves: Direito Processual Penal. Relacionamento Afetivo entre Homem e Mulher. Lei Maria da Penha. Violência Doméstica.

Sumário: Introdução. 1. Origem do Instituto. 2. A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha 3. Sujeito Passivo: evolução hermenêutica sob o prisma constitucional. 4. A Transformação dos Relacionamentos Afetivos: um novo conceito de entidade familiar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática da aplicabilidade da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que está em vigor desde 22 de setembro de 2006, uma vez que essa apenas se refere, em seu preâmbulo, sobre a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Busca-se analisar a aplicação da Lei Maria da Penha, por um viés civil, nas relações afetivas, bem como quanto à delimitação do sujeito passivo.

Pondera-se, em um primeiro momento, sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, já que o princípio da isonomia previsto no artigo 5º da CRFB/88 reúne, concomitantemente, o direito à igualdade formal e a igualdade material, sendo certo que esse princípio é considerado, no Preâmbulo da Constituição da República, como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, em que se propõe a construção da sociedade brasileira.

Ultrapassada essa etapa, será possível despende um pouco mais de tempo sobre a interpretação da lei propriamente dita, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana combinado com o princípio da igualdade que norteia a formação da sociedade brasileira.

Ao longo do texto, será feita a análise sobre o alcance da aplicabilidade da lei não só às mulheres, mas também aos homens, homossexuais, hermafroditas, ou seja, aos demais gêneros, uma vez que é necessário delimitar o seu limite de abrangência, em consonância, outrossim, com o princípio da segurança jurídica que rege as relações jurídicas.

Por conseguinte, perpassa-se sobre transformação do conceito de família, tendo em vista que até o Código Civil de 1916 era limitado, taxativo e, com o advento da CRFB/88, ficou estabelecido o único requisito necessário para a constituição da denominada entidade familiar que é o afeto, vale dizer, um requisito meramente fático.

Assim, mostra-se necessário adequar o conteúdo da lei, denominado de *mens leges*, as transformações da sociedade materializadas na entidade familiar, uma vez que compete à lei atuar em detrimento da vontade das partes, quando se constata a presença de efeitos deletérios aos demais membros componentes da célula familiar.

Dessa forma, deverá ser definido o conceito de família a ser considerado para que haja a configuração de violência doméstica e familiar contra a mulher com a conseqüente aplicação do microsistema da Lei n. 11.340/06

Outro aspecto a ser abordado refere-se à interpretação dada à expressão por “relação íntima de afeto” apta a configurar a incidência do disposto no artigo 5º, inciso III, da Lei n. 11.340/06.

A aplicabilidade prática desse dispositivo poderá ser suscitada nos casos em que a mulher tenha mantido um relacionamento que caracterize casamento, convivência (heterossexual ou homoafetiva) ou mesmo namoro, com algum homem (ou mulher) e que, findo o relacionamento, esteja sofrendo algum constrangimento físico ou psíquico decorrente do inconformismo do (a) ex-parceiro (a), situação em que o legislador ultrapassou a formalidade do vínculo de natureza doméstica e familiar.

Assim, diante da nova realidade que se apresenta, é necessário indagar se não caberia mais ser questionado a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo, bem como não poderia ser alegado à existência de omissão legislativa para deixar de emprestar efeitos jurídicos a esses relacionamentos.

Nesse aspecto, a aplicabilidade da lei deve ser vista com certa cautela sob pena de se dar azo ao surgimento do Direito Penal máximo que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Destaca-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se sensível a essa temática, tendo em vista que já se admite a aplicação da lei quando houver qualquer

relacionamento que não tenha um caráter fugaz, esporádico, já que não se pode admitir a eternização das relações intersubjetivas.

O trabalho será desenvolvido com o emprego do método dialético donde se depreenderão, através da análise de diversas doutrinas, as transformações na aplicabilidade da Lei n. 11.340/06 que tem por o escopo se amoldar, tanto sob o ponto de vista jurídico quanto social, a um novo modelo vigente de entidade familiar.

Será adotada a pesquisa jurisprudencial para que possa se depreender qual é a posição adotada pelos Tribunais, no Brasil, no que tange à abordagem dessa temática, visto que há uma legislação excessivamente restritiva no que concerne a delimitação do sujeito passivo a ser protegida pelo diploma legal.

Após a reflexão sobre os temas supramencionados, ao longo desse trabalho, será possível concluir até que ponto a atual interpretação, sob o enfoque constitucional, atende aos anseios da população, que é a destinatária final de sua aplicação.

1. ORIGEM DO INSTITUTO

Antes da Lei n. 11.340/06, a União Federal tem firmados vários compromissos, por tratados e convenções, com o intuito de fazer cessar a violência que assola muitos lares brasileiros e põe em risco a saúde física e psíquica de seus membros, sobretudo das mulheres.

Nesse sentido, colaciona-se o entendimento do STJ¹, *in verbis*:

[...] 1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1000222/DF. Relator: min. Jane Silva. Publicado no DJe de 24 de novembro de 2008.

mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República).

2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato. [...]

Da análise do preâmbulo da Lei Maria da Penha, pode-se depreender que as duas mais importantes foram a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – *Cedaw* (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) e a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como “Convenção de Belém do Pará”.

Cabe ressaltar que os direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos têm aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, da CRFB/88, e natureza de norma supralegal, uma vez o STF, por ocasião do julgamento do RE 466.343-SP, mediante interpretação sistemática dos direitos fundamentais, reconheceu, aos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil, antes da EC 45/2004, hierarquia superior à lei ordinária com *status* normativo supralegal, bem como ressaltou a possibilidade de conversão em norma constitucional desde que viessem a ser aprovados pelo rito especial previsto no §3º do artigo 5º da CRFB/88.

Dessa forma, constata-se que a Constituição da República não possui regra expressa que recepcione automaticamente um tratado internacional ao direito interno, isto é, depende de um procedimento formal incorporatório, o qual resulta da interação entre ato do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

A Convenção de *Cedaw* foi plenamente ratificada através do Decreto Legislativo nº 26/1994, que foi promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 4.377/2002. A Convenção conhecida como “Convenção de Belém do Pará” foi ratificada

através do Decreto Legislativo n. 107/1995 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 1.973/1996.

A primeira Convenção, segundo Fabrício da Mota Alves², teve por intuito reconhecer que:

A discriminação contra mulher viola os princípios de igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, dificulta a participação da mulher nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço ao seu país e à humanidade.

Já a segunda Convenção entende que a violência contra a mulher constitui grave afronta aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, proclamados e defendidos na modernidade; afirma, ainda, que a violência não se limita à agressão física, sexual e psíquica, como também restringe o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades.

Contudo, Renata Martins Ferreira da Cunha³, acrescenta que:

Quanto à Cedaw, apesar da promulgação só ter ocorrido em 2002, a União Federal tomou medidas compatíveis com ela antes mesmo de sua promulgação, inclusive elencando como direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil a igualdade entre homens e mulheres. Contudo, deixou a desejar no tocante à Convenção de Belém do Pará, posto terem firmado o compromisso de adotar, em sua legislação interna, meios apropriados e sem demora com o intuito de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, o que, na verdade, principalmente no tocante à morosidade do sistema, pouco se fez.

A prática demonstrou que a legislação infraconstitucional brasileira não estava condizente com as propostas das convenções supramencionadas, embora não se desconheça a importância das iniciativas.

² ALVES *apud* CUNHA, Renata Martins Ferreira da. Análise da constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006. Lei Maria da Penha: lesão ao princípio da igualdade. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, v.10. n. 57, p.119-142, ago./set. 2009.

³ *Ibid.*, p.123.

A Lei Maria da Penha foi fruto do Relatório nº 54, 2001, no qual consta a recomendação dirigida à República Federativa do Brasil para que fosse realizada uma profunda reforma legislativa com o intuito de proporcionar um efetivo combate aos casos de violência doméstica praticada contra a mulher.

Maria Berenice Dias⁴ acrescenta que:

O projeto, que teve início em 2002, foi elaborado por um consórcio de 15 ONG's que trabalham com a violência doméstica. O Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Decreto 5.030/2004, sob a coordenação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, elaborou o projeto que, em novembro de 2004, foi enviado ao Congresso Nacional.

A Deputada Jandira Feghali, relatora do Projeto de Lei 4.559/2004, realizou audiências públicas em vários Estados e apresentou substitutivo. Novas alterações foram levadas a efeito pelo Senado Federal (PLC 37/2006). A Lei 11.340, sancionada pelo Presidente da República em 7 de agosto de 2006, está em vigor desde 22 de setembro de 2006.

Consigne-se que o Relatório nº 54/ 2001 foi elaborado após ter chegado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos da América, a violência e o descaso público que a senhora Maria da Penha Maia Fernandes vinha sofrendo nesse país.

O caso emblemático da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes teve início em 29 de maio de 1983, já que, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda em sua coluna, o qual destruiu a terceira vértebra e a quarta vértebras, deixando-a paraplégica. Contudo, seu marido alegou que teria havido uma tentativa de roubo na residência do casal.

Após receber alta hospitalar, seu marido tentou assassiná-la, novamente, durante o banho com uma descarga elétrica.

As investigações que apontavam como autor do crime o economista Marco Antônio Heredia Vieiros, marido de Maria da Penha, prolongou-se até que em 31 de outubro de 1986

⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14.

ele foi pronunciado, sendo levado a júri apenas em 4 de maio de 1991, momento em que foi condenado.

Contudo, a defesa mediante a interposição do recurso de apelação conseguiu a realização de um novo julgamento ao argumento de que houve nulidade na falha de elaboração dos quesitos. O novo júri ocorreu somente em 15 de março de 1996, quando foi novamente condenado, com pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de prisão.

Do momento da condenação até a efetivação da pena restritiva de liberdade, já havia decorrido mais de 06 (seis) anos, uma vez que a defesa do réu apelou da decisão, bem como recorreu para os Tribunais Superiores.

Dessa forma, o réu somente foi submetido a prisão, em setembro de 2002, vale dizer, 19 (dezenove) anos e 06 (seis) meses após a prática do crime.

Constata-se, assim, que a denúncia formulada pela própria Maria da Penha diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos resultou na exitosa iniciativa legislativa de inserir no quadro normativo nacional uma legislação específica para tratar do tema da violência doméstica que decorre do próprio texto constitucional, nos termos do artigo 226, §8º da Constituição da República⁵, *in verbis*, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Acresçam-se a isso as recomendações feitas por diversos organismos internacionais no sentido do combate à violência de gênero, considerada uma grave violação aos direitos humanos.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2011.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Em que pese toda lei gozar de presunção de constitucionalidade, faz-se relevante abordar a compatibilidade da Lei n. 11.340/06 em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Segundo Luís Roberto Barroso⁶, “a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente”.

Em um primeiro momento, a constitucionalidade da lei foi questionada ao argumento de ser o texto altamente feminista, posto que protegeria, de forma excessiva e especial, à mulher deixando o homem sem uma proteção equivalente, uma vez que também poderiam ser vítimas de violência doméstica e familiar.

Assim, violaria o texto constitucional que veda qualquer forma de discriminação, inclusive a sexual, sendo esta expressa, em seu artigo 3º, inciso IV⁷, 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”.

Além disso, entre os direitos e garantias fundamentais, que a Carta Magna, em seu artigo 226, §3º, equipara ambos os sexos em direitos e obrigações, estabelecendo, ainda, a vedação ao legislador, em seu artigo 5º, inciso I, de estabelecer diferenças calcadas em parâmetros arbitrários, desprovidos de razoabilidade ou que deixe de atender alguma relevante razão de interesse público. Dessa forma, busca garantir tanto à mulher quanto ao homem, a preservação de sua integridade física em caso de violência doméstica, nos termos do artigo 226, §8º do supracitado diploma legal.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.177.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

A alegação principal, portanto, é de que a Lei Maria da Penha teria criado a desigualdade na entidade familiar, tendo em vista que a isonomia, nos dizeres de Mariângela Gama de Magalhães Gomes⁸:

Ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.

Entre os defensores desse primeiro posicionamento encontram-se João Paulo de Aguiar Sampaio Souza e Tiago Abud da Fonseca⁹ sustentam que “não é preciso muito esforço para perceber que a legislação infraconstitucional acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher, e o *status* entre filhos que o Poder Constituinte tratou de maneira igual, criando, aí sim, a desigualdade na entidade familiar”.

Impende também registrar que se encontra *sub judice* a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, interposta pelo Presidente da República perante a Suprema Corte a almejar a presunção absoluta da incidência da Lei Maria da Penha, havendo decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio¹⁰, cujo posicionamento é pela validade do diploma impugnado, ainda que não se tenha concedido a liminar almejada pelo Chefe do Executivo Nacional, sob a motivação de que “diploma legal prescinde do endosso do Judiciário para surtir efeitos. Por isso, não é dado cogitar, considerada a ordem natural dos institutos e sob o ângulo estritamente constitucional, de liminar na ação declaratória de constitucionalidade”.

Em sentido diametralmente oposto, prevalece o entendimento de que a Lei Maria da Penha é constitucional por concretizar o mandamento constitucional que determina a criação

⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.67.

⁹ SOUZA; Fonseca *apud* ROCHA, Sandro Caldeira Marron da. Abordagem sobre a Lei de Violência Doméstica contra a Mulher – Lei n. 11.340/06. In: FREITAS, André Guilherme Tavares de (Coord.). *Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos*: Lei n. 11.340 e n. 11.343/06: Doutrina e Legislação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 176-177.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 19. Rel: Min. Marco Aurélio. Publicado em 21 de dezembro de 2007.

de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, nos termos do artigo 226, §8º, da CRFB/88.

Segundo Alice Bianchini e Valério de Oliveira Mazzuoli¹¹:

A Lei Maria da Penha preenche o comando constitucional que atribui ao Estado o *dever* de coibir a violência no contexto familiar, daí advindo sua plena e irrestrita constitucionalidade. Pode se então dizer que o art. 226, §8º, da CF/1988 é norma-suporte que legitima a intervenção do legislador ordinário no sentido de erradicar toda e qualquer violência no âmbito das relações domésticas (em geral) e a envolver a figura da mulher (em especial).

Obedecendo a esse norte, o legislador levou em conta, primordialmente, o alarmante aumento de crimes de tal jaez, ponderada a facilidade do cometimento e a fragilidade psicológica das vítimas seviciadas, que não encontravam um remédio específico apto a tutelar e coibir eficazmente as particularidades da situação delituosa.

Busca-se, portanto, materializar a igualdade substancial e não só a formal em abstrato perante o texto constitucional, já que visa à proteção das mulheres que sofrem com a violência dentro de seus lares, delitos que, geralmente, costumam cair na impunidade.

Nesse sentido, há o magistério de Maria Berenice Dias¹², *in verbis*:

É exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. Para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável. E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada. O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, *medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, conseqüências de um passado discriminatório*. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

¹¹ BIANCHINI, Alice; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Lei Maria da Penha: Constitucionalidade e Convencionalidade. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.98, n.886, p. 363-385, ago.2009, p. 374.

¹² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55-56.

Segundo o entendimento doutrinário do constitucionalista Alexandre de Moraes¹³, a saber:

[...] a correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher, aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Conseqüentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria Constituição (...), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.

Portanto, ao tratar de forma diferenciada a violência doméstica e familiar contra a mulher, quando comparada a outros tipos de violência, a Lei Maria da Penha não trouxe nenhuma discriminação, mas, tão-somente, reconheceu a assimetria existente entre o homem agressor e a vítima agredida, criando instrumentos que pudessem equilibrar a relação, a fim de proteger a mulher de reações cada vez mais intensas de seus parceiros que poderiam chegar a morte caso o Estado não interviesse.

Nos dizeres de Guilherme Peña de Moraes¹⁴, “direitos individuais cujo objeto imediato é a igualdade conciliam: i) o direito à igualdade formal ou jurídica e ii) o direito à igualdade material ou real, em atenção ao artigo 5º, *caput* e inc. I da CRFB”.

Constata-se que não há a alegada violação a igualdade formal, tendo em vista que esta tem por escopo impossibilitar diferenciações de tratamento desarrazoadas, arbitrárias no que tange a produção, interpretação e aplicação dos dispositivos jurídicos em consonância com a igualdade material que, segundo o autor supracitado, “exterioriza a igualdade efetiva perante os bens da vida humana”¹⁵.

Acresça-se que a eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/06 implicaria a retrocessão em matéria de direitos humanos, o que é vedado, uma vez que sob

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 35.

¹⁴ MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.534.

¹⁵ *Ibidem*, p.535.

essa perspectiva – da vedação do retrocesso – os Estados estão proibidos de proteger menos do que já protegem.

Nos dizeres de Felipe Derbli¹⁶, “a proibição de retrocesso social é um *princípio* constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária”.

A presente lei demonstra-se como mais uma forma de implantação de ações afirmativas, de maneira a trazer a observância não só do princípio da igualdade material, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, de modo a igualar o *status* entre homens e mulheres.

As ações afirmativas são medidas imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito para fazer mais curta à espera de milhares de pessoas que almejam integrar a sociedade de forma plena, tendo como ponto de partida a observância ao princípio da igualdade em sua vertente material, posto que só uma ação positiva que seja suficientemente proporcional e que não produza danos desarrazoados a terceiros será constitucional e poderá implantar-se com êxito na coletividade.

3. SUJEITO PASSIVO: EVOLUÇÃO HERMENÊUTICA SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

Da simples leitura dos artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha depreende-se que o sujeito passivo reconhecido por ela é apenas a mulher, numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade, que tenha sido vítima de agressão decorrente de violência doméstica e familiar.

¹⁶ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.201-202.

Contudo, trata-se de um tema que apresenta alguns desdobramentos tanto do ponto de vista doutrinário quanto jurisprudencial no que tange à abrangência do termo “mulher”, conforme se demonstrará a seguir:

Para Maria Berenice Dias¹⁷, o atributo de ser mulher seria uma qualidade especial imposta por Lei, sendo certo que “nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transsexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino”, já que a determinação do gênero não decorreria tão-somente das características anatômicas.

Assim, entende que, nos dizeres de Antônio Chaves¹⁸, não se poderia mais considerar o conceito de sexo “fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais”.

Em sentido contrário, há o posicionamento de Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Correa¹⁹, no que tange à inaplicabilidade da lei aos transsexuais, conforme se depreende da leitura do trecho a seguir:

Tudo se torna bastante óbvio ao se analisar profundamente o tema, pois se resume à constatação exata de que a mera alteração na forma externa do órgão genital do homem, nem de longe significa ser o mesmo possuidor de genitália feminina, na acepção exata do termo, vez que nas mulheres, a vagina é apenas uma parte de seu sistema reprodutor, o qual jamais um homem haverá de possuir, motivo pelo qual também não pode, pelas mãos humanas, ser considerado do sexo feminino, para qualquer fim, menos ainda para ser tido vítima dos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Verifica-se que, em relação ao transexual, há dois segmentos doutrinários sintetizados por Sandro Caldeira Marron da Rocha²⁰, a seguir:

¹⁷ DIAS, *op cit*, p. 41.

¹⁸ CHAVES *apud* DIAS, Maria Berenice. *Transsexualidade e o direito de casar*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/1_-_transsexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf> Acesso em: 16 fev. 2011.

¹⁹ CAMPOS; CORREA *apud* SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha (11.340/06)*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 44-45.

²⁰ ROCHA, *op cit*, p.132.

O primeiro, mais tradicional, sustenta que o transexual, apesar de psicologicamente ser uma mulher, biologicamente não é considerado como tal, pois, apesar de alterar seu órgão genital, continua sendo geneticamente um homem, razão pela qual não merece a proteção dada pela Lei 11.340/06.

Porém, de acordo com o segundo posicionamento, mais atual e razoável, desde que o transexual realize a cirurgia de mudança de sexo e obtenha a alteração de seu registro civil, o que já vem sendo admitido pela nossa jurisprudência, deverá ser tratado como mulher e, por consequência, ser merecedor da tutela da citada lei.

Para Sérgio Ricardo de Souza²¹ também não se inclui no rol de legitimados passivos o homossexual que não possua aparelho reprodutor feminino, vale dizer, sendo aquele que tenha feito uma opção sexual construída psicológica e socialmente.

Contudo, é preciso registrar que, em sede jurisprudencial, não se tem notícia, de as supracitadas digressões tenham sido feitas, posto que apenas se limitam a determinar, como âmbito de incidência da Lei, o gênero feminino.

À guisa de exemplo, colaciona-se o arresto extraído do TJRJ²², a seguir:

Ao que dispõe o art. 5º, da Lei 11.340/06, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão "baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, (I) no âmbito da unidade doméstica, (II) da família ou (III) em qualquer relação íntima de afeto". O declínio primitivo e que deu azo ao presente conflito afirmou não se tratar de violência de gênero, uma vez que as envolvidas são do sexo feminino. Na esteira do vem decidindo o STJ, o sujeito passivo da violência doméstica, objeto da Lei 11.340/06 é a mulher (...) a Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar [...].

Desse modo, prevalece o entendimento de que a Lei n. 11.340/06 teria como sujeito passivo apenas a mulher, sendo certo que, para Marcelo Lessa Bastos²³, tratar-se-ia de qualquer mulher, vale dizer, independente da idade englobando, portanto, a criança e o adolescente.

²¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha* (11.340/06). 3.ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 44.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. CC nº 0264101-36.2009.08.19.0004. Rel: Des. Gilmar Augusto Teixeira. Publicado em 22 de setembro de 2010.

²³ BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: Lei Maria da Penha: Alguns Comentários*. In: FREITAS, *op cit*, p.132.

Afirma que haveria uma “superposição de normas protetivas, pela incidência simultânea dos Estatutos do Idoso e da Criança e Adolescente, que não parecem excluir as normas de proteção da Lei ‘Maria da Penha’ que inclusive, complementam a abrangência de tutela”.

Dando a entender que toda a mulher, independente de sua idade, em virtude de relação doméstica, familiar ou afetiva com seu agressor, torna-se mais vulnerável, em razão da existência de dominação por parte deste em face de temor reverencial, dependência física ou econômica ou hipossuficiência, que caracterize poder e submissão, se enquadra no conceito de violência baseada no gênero e merece as proteções previstas na Lei Maria da Penha.

Para corroborar com o exposto acima, há precedente no TJDF²⁴, a saber:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - SEGUNDO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL E DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE SANTA MARIA/DF, E JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL E TRIBUNAL DO JÚRI DE SANTA MARIA/DF - CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA CRIANÇA DO SEXO FEMININO NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR - LEI MARIA DA PENHA.

I. Para a Lei Maria da Penha 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 (artigo 5º da Lei 11.340/2006).

II. A lei Maria da Penha não fez distinção da idade da mulher. Não exclui as crianças do sexo feminino do âmbito de sua incidência. Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

III. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Segundo Juizado Especial Cível e Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Santa Maria/DF.

No mesmo sentido, encontra-se a jurisprudência do TJPR²⁵, a saber:

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. CC nº 0007908-93.2010.807.0000. Rel: Des. Sandra de Santis. Publicado no DJ-e de 20 de setembro de 2010.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. CC nº 0677226-5. Rel: Des. Marco Antônio Massaneiro. Publicado no DJ-e de 26 de junho de 2010.

[...]. EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA LESÕES CORPORAIS CONTRA CRIANÇA NO ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR - APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA CONDIÇÃO DE MULHER QUE SE SOBREPÕE AO SIMPLES FATO DE SER CRIANÇA PARA FINS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA CARÁTER DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO SÓ DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, MAS TAMBÉM DA MULHER LEI MARIA DA PENHA QUE POSSUI UM CARÁTER MAIS ENÉRGICO DE PROTEÇÃO TOTAL OBJETIVO PROGRAMÁTICO CONSTITUCIONAL QUE MAIS SE ALCANÇA NESTA LEI DO QUE PELO ECA DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER CONHECE E DECLARA COMPETENTE O JUÍZO DA 13ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Entretanto, prevalece o entendimento jurisprudencial de que a Lei n. 11.340/06, embora tenha natureza especial, deve ser interpretada restritivamente, motivo pelo qual não se permite a sua aplicabilidade para as crianças ou adolescentes do sexo feminino, sob o argumento de ofensa direta aos princípios da isonomia, da razoabilidade, bem como de prevalência dos princípios da absoluta prioridade e da proteção integral que norteiam a aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para exemplificar, colaciona-se o arresto extraído do TJRJ²⁶, a seguir:

2) O caso dos autos distingue-se frontalmente daqueles em que a violência é praticada em função do gênero e, portanto, refoje ao escopo da Lei Maria da Penha. A narrativa constante da denúncia e do laudo que a acompanha desvela com clareza que os abusos sexuais, embora praticados no contexto de uma relação familiar, teriam ocorrido não por ser a vítima uma mulher, mas sim por ser uma criança. Nessas hipóteses, o agente pratica o crime não em função de uma inferioridade econômica, social ou tão-somente física da vítima; na verdade, aproveita-se de outra gama de circunstâncias propiciadas pelo fato de tratar-se de pessoa ainda em formação física e intelectual. Como no caso narrado na denúncia, em tal espécie de abuso são comuns as ameaças sub-reptícias, disfarçadas em reprimenda educacional, a realização de atos lúbricos dissimulados em falsas demonstrações de afeto, muitas vezes a contar com o descrédito e conivência de familiares. Ademais, como bem ressaltado pelo órgão ministerial, a Lei 11.340/06, tem como sujeito passivo a mulher, assim considerada pelo legislador pátrio como a pessoa do sexo feminino maior de 18 anos, "pois as pessoas de 0 a doze anos são consideradas, em nosso ordenamento jurídico, como crianças e de 12 a 18 anos são consideradas adolescentes, e há previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que prevalece princípio da absoluta prioridade e da proteção integral". 3) Competência da Vara Criminal Comum, conforme as regras de Organização Judiciária do Estado. Procedência do Conflito.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC nº 0013762-36.2009.8.19.0205. Rel: Des. Suimei Meira Cavalieri. Publicado em 01 de dezembro de 2009.

Outro aspecto a ser abordado, refere-se ao tratamento legislativo dado ao hermafrodita, uma vez que este se enquadra no conceito de intersexualismo e se caracteriza pela simultaneidade de características próprias dos dois sexos.

Em sentido vernacular, extraído do dicionário Houaiss²⁷, entende-se como hermafrodita aquele “que ou o que tem concomitantemente os órgãos reprodutores de ambos os sexos ou apresenta características sexuais secundárias masculinas e femininas”.

Assim, nos dizeres de Sérgio Ricardo de Souza²⁸, “temos que a questão é genética, e, uma vez observados os critérios legais e psicológicos, optando o ser humano com tais características pelo sexo feminino, pode se enquadrar no conceito de mulher para os fins da Lei n. 11.340/06”.

Cabe ressaltar que tal entendimento já encontra eco na jurisprudência, conforme se depreende do arresto do TJSC²⁹, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOLOGAÇÃO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AGRESSÕES PRATICADAS PELO COMPANHEIRO CONTRA PESSOA CIVILMENTE IDENTIFICADA COMO SENDO DO SEXO MASCULINO. VÍTIMA SUBMETIDA À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO POR SER HERMAFRODITA. ADOÇÃO DO SEXO FEMININO. PRESENÇA DE ÓRGÃOS REPRODUTORES FEMININOS QUE LHE CONFEREM A CONDIÇÃO DE MULHER. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL JÁ REQUERIDA JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA LEI N. 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO IMPROCEDENTE.

Dessa forma, ainda que não haja muita manifestação sobre o assunto, depreende-se que é perfeitamente viável a aplicação da Lei n. 11.340/06 ao hermafrodita desde que se enquadre no gênero feminino.

²⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.1014.

²⁸ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha (11.340/06)*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 44.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. CC nº 2009.006461-6. Rel: Des. Roberto Lucas Pacheco. Publicado em 14 de agosto de 2009.

Convém ressaltar, por fim, que embora a Lei se dirija à mulher, o que não deixa de ser passível de crítica, ela não se ocupa de todos os tipos de violência contra o sexo feminino, mas, sim, daquela oriunda de uma questão de gênero, e somente nas situações que configure uma violência doméstica ou familiar.

As críticas que permeiam a adoção apenas da mulher como sujeito passivo da Lei n. 11.340/06 tem como fundamento principal a existência do princípio da igualdade de índole constitucional, razão pela qual se defende que a lei deveria ser aplicada indistintamente a homens e mulheres.

Diante de tal fato deve-se aplicar a denominada Lei Maria da Penha, por analogia, ao argumento de que inexistente lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica.

A questão já foi enfrentada pelo TJMG³⁰, conforme se depreende da leitura da ementa que abaixo se transcreve:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - LEI MARIA DA PENHA - CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA PESSOA DO SEXO MASCULINO - APLICABILIDADE DA LEI 11.340/06. - A Lei nº. 11.340/06 prevê como sujeito passivo não somente a mulher, mas também filhos, netos, irmãos, cônjuge, companheiro ou a pessoa com quem conviva ou tenha convivido em âmbito das relações domésticas, mesmo sendo pessoa do sexo masculino em conformidade com o princípio da Isonomia

Observa-se que o conceito referente ao sujeito passivo vem sofrendo ampliações, ainda que de forma tímida, para abranger os homens, mulheres, hermafroditas, transexuais, homossexuais, entre outros, sendo certo que prevalece o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, de que apenas a mulher estaria sob a incidência da Lei Maria da Penha.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. CC nº 4876457-57.2008.8.13.0000. Rel: Des. Pedro Vergara. Publicado em 30 de novembro de 2009.

Prevalece o entendimento de que a Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutelado gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

É importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, vem entendendo que o sujeito passivo da violência doméstica é a mulher e o sujeito ativo tanto pode ser homem quanto mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

Como se vê o Judiciário é, cada vez mais, levado a rever os modelos preexistentes devido ao surgimento de novos paradigmas que lhe impõe a necessidade de interpretações mais criativas e consentâneas com a sociedade contemporânea, tendo em vista que os vínculos interpessoais não se adéquam mais no âmbito da legislação tradicional.

4. A TRANSFORMAÇÃO DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS: UM NOVO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR

O conceito jurídico de família, até o advento da Constituição da República, era extremamente limitado e taxativo, tendo em vista que o CC/16 somente conferia o *status* de família apenas para aquela que, diante do modelo patriarcal e hierarquizado vigente, fosse constituída pelo casamento, posto que o primeiro e principal efeito decorrente deste ato era criação de uma família legítima, nos termos do artigo 229 do CC/16.

Portanto, a felicidade pessoal dos seus integrantes era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo tanto que não havia o divórcio e o cônjuge tido como culpado pela separação judicial era severamente punido.

A partir da segunda metade do século XIX presenciou-se um processo de uma urbanização acelerada que trouxe consigo a industrialização, as revoluções tecnológicas, os movimentos de emancipação feminina e dos jovens caracterizando, assim, profundas modificações econômicas e sociais na realidade brasileira refletindo o esvaecimento da família patriarcal.

Pode ser considerado como principal marco na mudança do paradigma da família a previsão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, uma vez que a partir dele, tal ente passa a ser fundamentalmente um meio de promoção pessoal dos seus integrantes apresentando como único requisito um critério fático para a sua constituição, a saber, o afeto deixando de ser o critério meramente jurídico.

Registre-se que o reconhecimento da união estável (artigo 226,§3º) e da família monoparental (artigo 226, §4º) pela Carta Magna foi o responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família provocando, assim, uma profunda alteração em seu conceito que fora determinado legislação civil.

Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lobo³¹, a saber:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade, estão consitucionalmente protegidas, como tipos próprios (...). A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando-se um conceito aberto, abrangente e de inclusão.

No âmbito do CC/16, só era reconhecida como família aquela entidade emanada do casamento, vale dizer, trata-se daquele modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, em que o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder, sendo certo que, tal entendimento não persiste mais desde o

³¹ LOBO *apud* BRITO, Rodrigo Toscano de. Conceito atual de família e sua repercussões patrimoniais. *In*: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79.

advento da CRFB/88, uma vez que o conceito tornou-se mais elástico surgindo a denominada entidade familiar de modo a ser tornar mais compatível com a própria realidade.

Pode-se destacar que há precedentes no Superior Tribunal de Justiça³² reconhecendo como entidade familiar tanto o indivíduo quanto a comunidade formada por vários parentes, a saber:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 - *O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.*

2 - Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso)

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMILIA. IRMÃOS SOLTEIROS. *OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMOVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR* E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DIVIDA ASSUMIDA POR UM DELES.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (grifo nosso)

Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira³³, trata-se de “novos tipos de grupamento humano marcados por interesses comuns e pelos cuidados e compromissos mútuos hão de ser considerados como novas ‘entidades familiares’ a serem tuteladas pelo direito”.

Partindo-se do conceito de entidade familiar supracitado, verifica-se que a Lei Maria da Penha foi à primeira norma a reconhecer, em sede infraconstitucional, o conceito moderno de família, em seu artigo 5º, inciso II³⁴, ao afirmar que a família deve ser “compreendida

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 159851. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Publicado em 22 de junho de 1998 e REsp nº 205170. Rel. Min. Gilson Dipp. Publicado em 07 de fevereiro de 2000.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. V, p.39.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 11.340/06*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 14 fev. 2011.

como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Foi consagrada a idéia de que a família não é aquela constituída por imposição legal, mas sim por vontade de seus integrantes, vale dizer, o conceito de entidade familiar passou a abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas em que permeie o elemento afeto.

Cabendo ressaltar o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci³⁵ no sentido de, para fins penais, este ponto deveria ser interpretado restritivamente, pois entende que a família seria formada apenas por parentes naturais ou civis, mas não por aqueles que se considerem aparentados, sob pena de se violar os princípios da taxatividade e da legalidade que regem o direito penal.

O artigo 5, inciso III da Lei n. 11.340/06, inova ao trazer para temática de aplicação da lei a denominada relação íntima de afeto que, segundo Guilherme de Souza Nucci³⁶, “é o relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamento em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação (...) basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação”.

O texto legal abarcou praticamente toda e qualquer espécie de violência doméstica e familiar contra a mulher desde que haja algum vínculo mínimo de convivência ou ligação sanguínea entre o suposto agressor e a vítima.

Conclui-se, portanto, que a incidência da Lei sobre violência doméstica tem como pressuposto motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência que caracterize situação de relação íntima que possa oprimir a mulher.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1167.

³⁶ *Ibidem*, p. 1168.

À guisa de exemplo, colaciona-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul³⁷, que aplicou o inciso III do artigo 5º da Lei n. 11.340/06, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO DE NAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEI Nº 11.340/2006. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL.

1. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

2. *O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica.*

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos n.ºs. 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos, a agressão não decorria do namoro.

4. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, devendo ser aplicada aos casos em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete -MG. (grifo nosso)

Portanto, para aplicação da Lei n. 11.340/06, não basta apenas a definição do sexo biológico para caracterização do sujeito passivo, já que a agressão deverá decorrer de uma relação pessoal, isto é, uma relação de afetividade entre os envolvidos que tanto pode decorrer da convivência no lar; de relacionamento amoroso, tais como, marido ou ex-marido, companheiro ou ex-companheiro, namorado ou ex-namorado; ou de parentesco em sentido amplo, vale dizer, pai, irmão, padrasto, cunhado, etc.

Não há como restringir o alcance da norma diante desta nova realidade, motivo pelo qual, nos dizeres de Maria Berenice Dias³⁸, a saber:

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. CC n.º 7003637. Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez. Publicado em 10 de janeiro de 2011; CC n.º 70038955894. Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez. Publicado em 15 de dezembro de 2010; CC n.º 70036378420. Rel. Min. Odone Sanguiné. Publicado em 20 de outubro de 2010.

³⁸ DIAS, *op cit*, 2009, p. 45.

[...] Namorados e noivos, mesmo que não vivam sob o mesmo teto, mas resultando a situação de violência do relacionamento, faz com que a mulher mereça o abrigo da Lei Maria da Penha. Para a configuração de violência doméstica é necessário um nexos entre a agressão e a situação que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência.

Com relação à união entre pessoas do mesmo sexo verifica-se que essa questão não havia sido enfrentada pela via legislativa, no Brasil, uma vez que nem o CC/02 havia disciplinado a união homoafetiva sendo a Lei Maria da Penha, que, apesar de ter como finalidade precípua a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo no seu bojo uma importante inovação no ordenamento jurídico nacional por permitir que a lei seja aplicada independente da orientação sexual, nos termos do artigo 5, parágrafo único, da Lei n. 11.340/06.

Dessa forma, conclui-se que na definição dos sujeitos do crime, suas preferências sexuais são irrelevantes, tendo em vista que a mulher que tiver orientação sexual diferente da tradicional não perde a proteção especial, isto é, não precisa exercer o papel de “mãe” ou “esposa” para encontrar abrigo na Lei n. 11.340/06.

Registre-se que, em observância ao princípio da igualdade, Leonardo Barreto Moreira Alves e Maria Berenice Dias defendem a aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 5º ao homossexualismo masculino em respeito a nova definição de entidade familiar calcada no afeto que une as pessoas.

Para corroborar com o exposto acima, colaciona-se o magistério de Maria Berenice Dias³⁹, *in verbis*:

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, que as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos

³⁹ DIAS *apud* ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família: o reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v.8, p.131-153, 2006/2007, p. 150-151.

parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. A partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos (...). Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito de proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.

A proteção do Estado deve ser conferida ao ser humano calcada nos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não discriminação e da solidariedade com o escopo de vedar a adoção de condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes.

Assim, conforme se depreende da leitura do disposto no artigo 5º, incisos II, III e seu parágrafo único da Lei n. 11.340/06, depois de todas as transformações sofridas ao longo dos anos passou-se a dar maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha é constitucional, já que tem como fundamento de existência e validade o disposto no artigo 226, §8º da CRFB/88, materializando o princípio da igualdade em sua vertente material, uma vez que busca assegurar o direito à integridade física, psíquica, moral, sexual e patrimonial da mulher que adotou como sujeito passivo, sendo certo que há vozes doutrinárias e até jurisprudenciais que estendem a sua aplicabilidade aos homens por questão de coerência e de segurança jurídica.

Trata-se da primeira lei que positivou o conceito moderno de família no plano infraconstitucional.

Portanto, além de inovar no que tange ao reconhecimento da entidade familiar na formação da estrutura da sociedade brasileira, também, inegavelmente, trouxe ampla proteção à mulher, que passou a ser valorizada como cidadã, tendo suas liberdades sexuais, mentais e patrimoniais protegidas com a adoção de vários instrumentos policiais e judiciais de aplicação imediata e futura.

Todos passaram a gozar de proteção e reconhecimento expressos, até mesmo as uniões homoafetivas, uma vez que o único requisito necessário para a formação de uma família é a afetividade, isto é, a vontade expressa de ficar juntos e de assim se considerar.

Assim, diante da diversidade sexual, verifica-se que as interpretações adotadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência atendem aos anseios da população, em que pese a existência de divergência no que tange a sua aplicabilidade pela jurisprudência dos Tribunais Estaduais, uma vez que os Tribunais Superiores ainda não se manifestaram de forma reiterada e contundente sobre o assunto.

É notório que o ordenamento jurídico positivado não tem capacidade para prever todos os casos e inovações que podem surgir com o decorrer do tempo, motivo pelo qual caberá ao legislador fixar princípios e preceitos gerais com longo alcance e a jurisprudência fazer justiça que é o fim maior de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família: o reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v.8, p.131-153, 2006/2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIANCHINI, Alice; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Lei Maria da Penha: Constitucionalidade e Convencionalidade. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.98, n.886, p. 363-385, ago.2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Decreto n. 1.973, de 1 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.16, n. 73, p.244-267, jul./ago. 2008.

CUNHA, Renata Martins Ferreira da. Análise da constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006. Lei Maria da Penha: lesão ao princípio da igualdade. *In: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, v.10, n. 57, p.119-142, ago./set. 2009.

DIAS, Maria Berenice. A efetividade da Lei Maria da Penha. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.15, n.64, p. 297-312, jan./fev. 2007.

_____. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. As uniões homoafetivas na justiça. *In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v.5, n.28, p.24-35, jan./fev. 2009.

_____. (Org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Transexualidade e o direito de casar*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/1_-transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf> Acesso em: 16 fev. 2011.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FOLEY, Glaucia Falsarella Pereira. Lei Maria da Penha: instrumento de emancipação da mulher?. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.99, n.894, p.443-459, abr. 2010.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. (Coord). *Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos: Lei 11.340/06 e 11.343/06: Doutrina e Legislação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. *Lei Maria da Penha: Comentários a Lei n. 11.340/2006*. Campinas: Russell, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha (11.340/06)*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Luiz Antônio de. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/2006*. São Paulo: Método, 2008.