

ANÁLISE DISCRIMINATÓRIA DE GÊNERO COM BASE NA LEI Nº 11.340/06

Elise dos Santos Moura¹

Lincoln Rufino²

RESUMO

Objetiva este artigo analisar aplicabilidade da Lei Maria da Penha a todos os entes vítimas de violência doméstica e familiar, indistintamente, de acordo com o Princípio da isonomia. E consequentemente, fundamentando a inconstitucionalidade com base na doutrina e jurisprudência. O estudo suscitou a construção de resultados e discussões de cinco pilares temáticos, a saber: das razões e surgimento da Lei nº 11.340/06; Do conceito e tipos de violência doméstica e familiar com base na Lei nº 11.340/06; Aplicação do princípio da isonomia quanto ao gênero masculino com base na Lei nº 11.340/06; Da aplicação da Lei nº 11.340/06 ao homem e o posicionamento jurisprudencial e Da aplicação da Lei Maria da Penha quanto às relações homoafetivas.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência doméstica e familiar. Princípio da Igualdade. Discriminação de Gênero.

DISCRIMINATORY ANALYSIS OF GENDER-BASED LAW 11.340

ABSTRACT

This article aims to analyze the applicability of the Maria da Penha Law all entities victims of domestic and family violence indiscriminately, according to the principle of equality. Thus, supporting the unconstitutionality based on the doctrine and jurisprudence. The study prompted the construction of results and discussions of five thematic pillars, namely: the reasons and emergence of Law No. 11,340 / 06; Concept and types of domestic violence based on Law No. 11,340 / 06; Application of the principle of equality for male gender based on Law No. 11,340 / 06; The application of Law 11,340 / 06 and to man the jurisprudential application of positioning and Da Maria da Penha Law as ace homoafetivas relations.

Keywords: Maria da Penha Law. Domestic Violence and Family. Principle of Equality. Gender Discrimination.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN. (elisemoura@hotmail.com)

² Docente do curso de graduação e de pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN. (lincolnrufino@unirn.edu.br)

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/06 recebeu o nome de Lei Maria da Penha e foi sancionada no dia 07 de agosto de 2006 em razão do caso da cearense que foi violentada por seu marido que a espancava incontestavelmente, ocasionando problemas físicos e psicológicos irreparáveis.

Tudo aconteceu no dia 29 de maio de 1983, quando a vítima Maria da Penha Maia Fernandes foi atingida por um tiro enquanto dormia, tal conduta que partiu de seu marido, o economista e professor universitário Marcos Antonio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileiro. Em consequência dessa agressão Maria da Penha ficou paraplégica (CAMPOS, 2008).

Essa lei foi criada na busca de tentar elucidar a máxima efetividade dos direitos da mulher com objetivo de coibir a violência doméstica e familiar, podendo a violência se caracterizar de várias formas: física, psicológica, patrimonial, moral e sexual.

A violência contra a mulher forma uma maneira de manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levam à dominação e à discriminação por parte do homem, impedindo o avanço pleno da mulher e lhe atribuindo um papel secundário. A essa violência, que nasce da superioridade entre os homens sobre as mulheres, que afeta toda a organização social, convencionou-se chamar violência de gênero, que é a violência sofrida pelo simples fato de ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade ou qualquer outra condição, produto de um sistema social que subordina o sexo feminino (CAMPOS, 2008).

Essa situação, contudo, suscitou bastante discussão, porquanto muitos vislumbraram inconstitucionalidade na lei por violação ao princípio da isonomia, haja vista, dentre outros fatores, que o art. 5º, inc. I, da Constituição Federal prevê a igualdade, em direitos e obrigações, entre homens e mulheres (BRASIL, 1988).

Mais adiante, a pesquisa aborda a possibilidade de análise da aplicação da referida lei em questões relacionadas às vítimas de violência doméstica e familiar dentro das relações homoafetivas.

Trata de inserir a aplicação a todos os gêneros de maneira igualitária e sem distinção, pois como prevê a Constituição Federal todos tem os mesmos direitos e

são dignos de amparo pela lei, buscando a paridade não só formal, mas material também.

Com o intuito de atingir ao objetivo geral do trabalho, procurou-se uma metodologia que se articulasse com os autores que escreveram sobre este assunto. Por isso, utilizou-se a pesquisa descritiva, baseada em revisão bibliográfica. Trata-se de uma pesquisa que reúne e sintetiza estudos anteriores.

2 CONCEITUANDO A VIOLÊNCIA

Ainda que esteve presente em todas as fases da história, nos últimos anos a violência tornou-se um problema central para a humanidade sendo discutido e estudado por várias áreas do conhecimento, tornando-se um grande desafio a ser enfrentado pela sociedade contemporânea.

O termo violência define-se como sendo qualquer conduta ou conjunto de condutas que almejem de causar dano à outra pessoa, ser vivo ou objeto. É uma expressão que deriva do latim *violentia*, que por sua vez deriva do prefixo *vis* e quer dizer força, vigor, potência ou impulso.

Cavalcanti (2007) conceitua a violência como um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra uma pessoa e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror.

A violência contra a mulher é qualquer tipo de conduta que identifique discriminação, agressão ou coerção que acontece pelo simples fato de ser a vítima mulher e que lhe cause dano, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, político, econômico ou perda patrimonial.

Para Pinto (2007) é qualquer ação, omissão ou comportamento que se utiliza para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por formas de ameaças, coações ou qualquer outra formas, a qualquer mulher e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais.

A violência é considerada uma maneira inadequada nas resoluções de conflito, que representa um abuso de poder. “É a lei do mais forte sobre o mais fraco”. Tal violência pode ter como consequências a potencialização do medo, da insegurança e da revolta, podendo direcionar a mulher a um isolamento, ter baixa auto-estima e da sua capacidade produtiva, e através disso podendo causar uma depressão, uma diminuição do seu sistema de defesa, gerando até as chamadas “doenças psicossomáticas”.

2.1 CAUSAS OU FATORES DE RISCO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Várias são os fatores que levam os homens a agredirem as mulheres, que na maioria das vezes são suas esposas e mães de seus filhos. Dentre as causas que favorecem para a ocorrência da violência temos as causas individuais, de relacionamento, os comunitários, os sociais, os econômicos, os culturais e ainda os fatores de história pessoal.

Estudos realizados entre vários países comprovam que os índices de abuso cometidos eram muito mais altos entre mulheres, cujos maridos apanharam quando eram crianças ou viram suas mães apanhando. Apesar dos homens que abusam fisicamente de suas esposas normalmente apresentarem um histórico de violência, nem todos os meninos que testemunham violência sofrem abuso tornam-se perpetradores de abusos quando crescem (HELVESLEY, 2004).

Lima (2007) acredita que o álcool funciona como um fator que gera a prática da violência, sendo considerado um elemento situacional, aumentando em muito a probabilidade de violência, ao reduzir as inibições, anuviar o julgamento e coibir a capacidade de pessoa de interpretar os sinais.

Cavalcante (2007) afirma que embora o álcool, as drogas ilegais e o ciúme sejam apontados como principais fatores que desencadeiam a violência doméstica, o principal problema está na forma como a sociedade valoriza o papel masculino nas relações de gênero. Isso se reflete na educação que é dada a meninos e meninas. Enquanto os meninos são incentivados a valorizar a agressividade, a força física, a ação, a dominação e a satisfazer seus desejos, inclusive os sexuais, as meninas são valorizadas pela beleza, delicadeza, sedução, submissão, dependência, sentimentalismo, passividade e o cuidado com os outros.

Outra forma também relacionado com a violência é o distúrbio da personalidade, ou seja, existem grandes chances de que homens quando agredem suas esposas sejam emocionalmente dependentes, inseguros e tenham baixa auto-estima e, assim, é mais provável que tenham dificuldade em controlar seus impulsos.

Segundo Mello (2010) em nível interpessoal, o fator mais consolidado para o presença da violência doméstica é o confronto ou a discórdia existente nos relacionamentos, pois o casal ao iniciar uma discussão, primeiramente acontece a agredem-se de forma verbal, essa agressão vai de moderada à forte culminando com a agressão física, em decorrência do nível de estresse a que se encontra o relacionamento, além de outros aspectos ligados ao desgaste da união, como companheirismo, estabilidade emocional, imaturidade e a total incapacidade de resolução dos problemas.

3 DAS RAZÕES E SURGIMENTO DA LEI Nº 11.340/06

Antigamente, as relações no contexto doméstico eram restritas e privadas, ou seja, gerava alta impunidade aos agressores que cometiam violência no lar familiar. A sociedade naquela época entendia como algo natural de como as mulheres eram tratadas, o que tornava algo banalizado.

Diante desse fato, Maria da Penha buscou em sua vida empenhar-se na luta por seus direitos que levasse a regulamentação de normas para coibir futuros possíveis casos semelhante a esse.

Maria da Penha, levou o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), onde foi recebida a denúncia, condenando o Brasil pela falta de regulamentação e logo assim, foram criadas formas de prevenção à mulher contra esse tipo de violência

Em atenção à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a lei nº 11.340, chamada de Lei Maria da Penha, surgiu com o decreto do Congresso Nacional e sancionada pelo então o ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 07 de agosto do ano de 2006, que dispõe mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa lei quando foi aprovada, ampliou o sistema de atendimento e proteção à mulher, e atualmente é uma das leis mais conhecidas por todo o País.

A Lei Maria da Penha representa uma grande conquista para as mulheres que buscaram lutar pela erradicação, prevenção e punição da violência.

De acordo com a Lei 11.340/06:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A violência doméstica contra a mulher geralmente acontece dentro do lar, e o agressor é geralmente, alguém que já manteve, ou ainda mantém uma relação íntima com a vítima. Caracteriza-se pela violência física, com marcas visíveis no corpo, ou até mesmo de forma mais sutil, porém não menos importante violência psicológica, trazendo danos à estrutura emocional da mulher.

Diante disso, estipula que todo o caso de violência doméstica e intrafamiliar é crime, devendo ser verificado através de inquérito policial e ser encaminhado para o Ministério Público. Esses tipos de delitos são julgados nos Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher, formados desde a legislação, ou, nas cidades em que ainda não existem, nas Varas Criminais.

Pode o agressor ser preso em flagrante quando caracterizada através de sua conduta qualquer tipo de violência doméstica e familiar. A lei também caracteriza as situações de violência doméstica, proibindo a aplicação de penas de valor econômico aos agressores, aumentando a pena de um para até três anos de reclusão, e define o encaminhamento das mulheres em situação de violência, assim como de seus submetidos, a programas e serviços de proteção e de assistência social.

4 DO CONCEITO E TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMESTICA E FAMILIAR COM BASE NA LEI Nº 11.340/06

A violência doméstica e familiar é uma das formas de violação aos direitos humanos, acontece dentro do contexto familiar, sua formação se dá por um espaço permanente de pessoas, independente de existir vínculo familiar ou não.

O legislador no art. 7º da Lei Maria da Penha criou uma lista de condutas importantes que pode ser considerada violência doméstica e familiar, e embora extensa a referida lista, pode ainda enquadrar outras condutas que cabem a este contexto.

Existem cinco tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher: a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A violência física é caracterizada pelo uso da força no intuito de ferir, podendo ou não deixar marcas evidentes. Não consistem somente em agressões com socos, chutes, espancamentos, queimaduras ou pontapés. Também podendo ocorrer por meio de embriaguez patológica ou em outros casos a indivíduos portadores de transtorno de personalidade.

Da mesma forma entende Dias (2010) que a violência ofende a integridade ou saúde corporal da vítima, não necessariamente se tenha que haver marcas visíveis no corpo para caracterizá-la.

Quanto à violência psicológica ou agressão emocional, por sua vez pode ser mais danosa que a agressão física, embora não deixem marcas visíveis, a vítima pode carregar cicatrizes para o resto da vida.

Previsto no art. 7º, II da lei, é uma das mais corriqueiras violências contra a mulher, a despeito de muitas vezes ser útil e de difícil percepção pela vítima. Neste tipo de violência se inserem os delitos como: constrangimento ilegal, ameaça, entre outros (BASTOS, 2011).

Uma das formas de violência emocional é fazer o outro sentir-se inferior, no propósito de diminuir sua autoestima.

Pode ser identificadas por meio controle de comportamentos, ações, decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, ou qualquer outro meio que cause danos à saúde mental da vítima.

Este tipo de violência consiste na agressão emocional, tão grave quanto a agressão física. Tal comportamento se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer ao amedrontar o sujeito passivo. A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações em que há hipossuficiência de uma parte com relação a outra, ou seja, relações desiguais de poder entre os sexos (DIAS, 2010).

Dias (2010) ainda comenta que não necessita na elaboração de laudo técnico ou pericial, quando reconhecido o dano psicológico pelo juiz é admissível a medida

protetiva de urgência ou outra forma de medida dependendo do caso concreto.

Em relação a violência sexual, é quando a vítima é coagida para manter ou participar de relação sexual não desejada, podendo também ser caracterizada pelo uso da força, chantagem ou outros tipos.

Nos delitos causados por violência sexual, a ação penal tem sua iniciativa condicionada à representação da vítima. Porém, quando a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação é de iniciativa pública incondicionada (DIAS, 2010).

Já a violência patrimonial, é prevista em lei e consiste na intenção de subtrair, furtar ou diminuir objetos pertencentes a vítima. Segundo o doutrinador Hermann (2009) explica que patrimônio não é apenas algo de caráter econômico financeiro, mas também algo de relevância pessoal, ou seja, algo que mesmo que não importe o valor, mas para a vítima existe algum valor pessoal, profissional, entre outros que causem danos à vítima.

Por fim, violência moral é compreendida como qualquer ação que caracterize os crimes contra honra: calúnia; difamação ou injúria.

A calúnia, é o crime mais grave contra honra previsto pelo Código Penal que consiste no ato de imputar falsamente a alguém conduta que configure delito. A difamação ocorre com a ofensa a reputação de outrem. Já a injúria consiste na ofensa da dignidade da vítima.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA QUANTO AO GÊNERO MASCULINO COM BASE NA LEI Nº 11.340/06

O homem perante a sociedade é visto como um ser biologicamente mais forte e dominante, e por outro lado a mulher é vista como o sexo mais frágil da relação o que a torna mais “vítima” e por este fator, se tem defendido a constitucionalidade da Lei 11.340/2006.

Porém, o homem nem sempre será o agressor no contexto doméstico familiar. Ainda há discussões sobre a constitucionalidade da lei Maria da Penha ao que tange ao tratamento diferenciado para uma das partes que sofrem violência doméstica, considerando somente o gênero feminino como sexo frágil e dessa forma havendo caráter discriminatório quanto ao gênero masculino. Sendo essa lei, oposta ao

princípio da isonomia que será exposto a seguir, por existir certa disparidade em razão de caráter do sexo.

De acordo com Dias (2010, p. 52):

Prevê a possibilidade do sujeito passivo não ser necessariamente a mulher, quando a lei institui mais uma majorante ao crime de lesão corporal em sede de violência doméstica, se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. Justifica que, em se tratando de deficiente físico, como sujeito passivo de uma lesão corporal, a pena será aumentada de um terço, seja aquele homem ou mulher.

Ghinozi (2007) defende que a lei foi criada com vícios inconstitucionais e sua aplicação não pode ser somente aplicada às mulheres, pois apesar de minoria, muitas delas agredem seus familiares. Os homens na maioria das vezes permanecem quietos, algumas vezes por causa dos filhos, por pena da agressora que os agride por transtornos hormonais ou extrema paixão, sendo que alguns casos levam homens e mulheres a praticarem fatalidades e até mesmo suicidar-se.

A maneira de agressão utilizada pelas mulheres contra o homem, muitas vezes é por meio de objetos, tais como: copo, escova, faca, pente, tesoura, etc. E quando perdem o controle chegam a cometer assassinatos.

As próprias delegacias desconsideram o caso de violência cometido pela mulher pelo fato da vítima ser homem e assim não o concedem assistência. Entende segundo a Psicóloga Simone Alvim, que deveriam especializar as delegacias para mudar o paradigma de que só a mulher é vítima culpada e entenda que a família de uma maneira geral esteja com problemas.

Souza (2007) sustenta que “violência doméstica” tem a mesma significação de “violência familiar” ou “violência intrafamiliar” enfatiza o aspecto onde se desenvolve a violência, ou seja, não é um conceito apenas exclusivo a mulher e sim a todos integrantes do grupo familiar que venham sofrer agressões por outro membro do mesmo grupo.

Há casos quando a mulher vai prestar depoimento dizendo que foi vítima de ameaças, mesmo que também tenha agredido seu parceiro, o depoimento volta-se contra o homem, pois as delegacias da Mulher, a Lei Maria da Penha e as Varas judiciais especializadas, consideram por padrão a palavra da mulher como maior peso do que a do homem, tratando de maneira desigual, por conseguinte afetando o princípio da isonomia.

Silva (2001) em seu livro “Princípio Constitucional”, trata a respeito da introdução da antiga Constituição Republicana que desde 1981 tanto homens como mulheres tem seus direitos resguardados, ressaltando o princípio da isonomia.

Com a promulgação da constituição da República Federativa do Brasil 1988, que manteve os princípios basilares inerentes a igualdade entre os indivíduos com base no art.5, caput, quando rigorosamente diz que todos são iguais perante a lei, não havendo qualquer diferença entre os indivíduos, sendo estes sujeitos de direitos e obrigações.

Maciel (2007 p.45) em seu entendimento:

“O princípio da igualdade é consagrado nas Constituições brasileiras desde o Império, como princípio da igualdade perante a lei. Significa dizer que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções. A prescrição contida no caput do art. 5º da Constituição de 1988 mantém a tradição constitucional quanto ao princípio da igualdade, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”

Além de inaugurar o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a Constituição reafirma esse princípio por meio de muitas normas, algumas diretamente determinadoras da igualdade, outras buscando a equidade entre os desiguais mediante a concessão de direitos sociais fundamentais. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

É importante esclarecer que a igualdade disposto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal é obrigatória a compreensão sob os seguintes aspectos: o da igualdade formal e o da igualdade material.

A igualdade formal pode ser entendida como uma igualdade em face da lei, devendo as normas ser elaboradas e aplicadas de maneira isonômica a todos os indivíduos, desconsiderando, dessa maneira, a criação de grupos minoritários ou hipossuficientes que precisam de amparo especial para conseguir a igualdade não somente normativa, mas também baseada em ideias de justiça.

Por outro lado, a igualdade material é uma igualdade de fato, específica, no caso seria tratar a cada um de acordo com as suas necessidades.

Desse modo, quando a CF/88 prevê a busca pela isonomia indistintamente não implica dizer que a lei é coagida a tratar a todos abstratamente iguais, pois o que se proíbe são as discriminações absurdas e também as diferenciações arbitrárias.

A Lei Maria da Penha sem dúvidas é uma grande conquista pelas mulheres que a muitos anos lutaram por seus direitos. Mas, a violência é motivo de sofrimento para o ser humano em geral. Não podendo tal lei, ser exclusivamente aplicada as mulheres. Os homens também devem ter seus direitos assegurados. O questionamento é saber o porquê de não haver uma lei de proteção para o homem, tendo em vista existirem outras leis especiais de proteção como, por exemplo, o Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto do Idoso.

Embora seja reconhecido o princípio da isonomia pela Constituição Federal, na realidade tal princípio é violado, não sendo suficiente pois mesmo assim existe discriminação quanto ao gênero masculino, deixando o homem completamente desamparado pela lei 11.340.

Uma inovadora decisão do juiz de Mato Grosso, analisou o caso de homem que era agredido por sua ex-mulher e conseguiu aplicar por analogia a lei 11.340, narrados por Ghinozi (2007, p.18):

“O Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira do juizado especial criminal unificado de Cuiabá- MT foi pioneiro na utilização de tal lei por analogia , uma vez que recebeu em seu gabinete um caso em que o homem foi vítima de agressões psicológicas ,físicas e financeiras por parte de sua ex-mulher (...) Essa vítima é uma exceção, pois sabe-se que a demanda de homens que procuraram a Justiça por serem vítimas de agressão familiar é mínima. Os homens, na maioria das vezes por vergonha de virar chacota na roda de amigos, na família e no trabalho ocultam a agressão cometida por sua parceira, uma vez que ela pertence ao considerado sexo frágil.”

Leva a reflexão mesmo em casos excepcionais, uma mudança social no que se refere a repressão, em que o homem é vitimado pela mulher, sendo este pressionado a viver em silêncio por conta do meio social em que vive e pela vergonha de ser motivo de chacota como mostrado anteriormente pela decisão do magistrado do Mato Grosso.

O homem é discriminado frente a lei em pauta. Homem e mulher, quando sofrem o mesmo tipo de violência, a mulher sempre possuirá mais benefícios, logo na figura de agressora terá uma punição menos rigorosa em comparação ao

agressor do gênero masculino. Uma vez que será julgado pelo Juizado Especial (Lei 9.099 de 1995) por cometer crime de menor potencial ofensivo, não levando em consideração as consequências que podem ser deixadas para o resto da vida da vítima.

Achar que só pelo simples fato de ser homem e enxergar ser mais forte e de que não necessita de amparo legal, é o mesmo que dizer que de fato não são iguais aos indivíduos perante a lei.

Com a visibilidade da aplicação ao princípio da isonomia, conseguimos apontar a defesa do autor Carvalho (2011) ao explicar que não pode sofrer discriminação com relação ao gênero. Pode haver, contudo, situação de maior ou menor vulnerabilidade, não podendo afrontar o princípio da isonomia que está previsto expressamente pela Constituição Federal sendo violado pela referida Lei 11.340 de 2006, que estabeleceu proteção exclusiva de gênero. Existe, entre outras situações, que permite a prisão preventiva do homem, mas não da mulher quando acusada de praticar lesão corporal no âmbito doméstico ou familiar.

Portanto, a lei não precisa ser modificada, apenas ser um direito de todos. A violência familiar não opta por sexo, idade, cor ou credo. Pode deixar resquícios que serão levados para o resto da vida de qualquer pessoa, deixando feridas na alma que jamais serão cicatrizadas. Assim como uma criança que sofre abuso, um adulto também pode levar para sua vida trauma de ter sido violentado, seja física, moral ou psicologicamente.

6 DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06 AO HOMEM E O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Existe certa celeuma constitucional pela inaplicabilidade da lei 11.340/2006 ao homem.

Nos termos da ementa:

“EMENTA. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA O HOMEM - LEI MARIA DA PENHA - INAPLICABILIDADE - LEI ESPECIAL QUE AMPARA EXCLUSIVAMENTE A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR - CRIME DE AMEAÇA INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 61 DA LEI Nº 9.099/95”

Ou seja, a lei 11.340 entende que o homem não é um ser vulnerável e por isso afasta a aplicação da lei por analogia de gênero, ferindo o princípio da isonomia e deixando o homem nesse caso, completamente desprotegido pela lei, embora esteja expresso que todos os indivíduos possuem seus direitos assegurados pela Constituição Federal, a lei especial 11.340 se mostra inconstitucional ao ferir tal princípio.

Os Tribunais brasileiros, por sua vez, apresentam diante de situações recorridas a eles, dos quais não podem negar uma resposta razoável, e neste entendimento, mesmo em sua minoria, são a favor da aplicação ao homem como o sujeito passivo da lei.

No Caso ocorrido no Estado do Mato Grosso, o juiz conseguiu aplicar a lei por analogia, quando recebeu em seu gabinete o homem vítima de agressões psicológicas, físicas e financeiras por sua ex- mulher. Mesmo sabendo que a procura pelos homens que sofrem violência por mulheres é mínima. Os homens, na maioria por vergonha de ser alvo de deboche escondem a agressão sofrida, uma vez que a sociedade não enxerga ser comum homem apanhar de mulher.

A decisão por parte do magistrado é fundamentada com base na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, "caput", dispõe: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", e no inciso I garante aos homens e mulheres, direitos e obrigações iguais.

O magistrado analisou que apesar do homem ser vítima, era necessário aplicar as medidas de proteção prevista na Lei Maria da Penha, por ter sofrido agressões semelhantes aos que as mulheres sofrem quando são agredidas por seu companheiro, tais como: a violência física, psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima 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 e 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.

Assim as aplicações das medidas protetivas ao homem foram justificadas com base no princípio da isonomia e na própria Lei Maria da Penha não podendo o magistrado dispensar uma resposta eficaz para o autor da demanda.

Exemplo de acordo com a ementa:

ACÓRDAO EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL LESAO CORPORAL QUALIFICADA - ARTIGO 129 , 9º , DO CÓDIGO PENAL - PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DAPENHA E INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO - REJEITADAS - MÉRITO - PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA VIAS DE FATO - INCABÍVEL - PEDIDO DE ISENÇÃO DE CUSTAS - INVIABILIDADE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Ao que tange as relações homoafetivas também existem jurisprudências favoráveis ao caso como exemplo da decisão Oitava Câmara Cível do TJRS:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A competência para processar e julgar as ações relativas aos relacionamentos afetivos homossexuais. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. NEGARAM PROVIMENTO.

Outro caso parecido foi a 4ª Turma do STJ que também decidiu de que a união homoafetiva pode ser reconhecida como união estável, ou seja, uma entidade familiar, nos termos da ementa a seguir:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

Assim, se a agressão acontece no âmbito da relação homossexual será configurada como violência doméstica, visto que esse tipo de relação também deve ser declarado como entidade familiar, efetivando, assim, a Lei nº 11.340/2006.

Além disso, a sociedade moderna demonstra que a unidade familiar não se limita a casais heterossexuais, a legislação necessita acompanhar sua evolução com finalidade que o Estado garanta a integridade física e psicológica dos membros de qualquer entidade familiar.

Para colocar fim acerca da constitucionalidade da Lei 11.340/06, foi proposta no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 19 – ADC 19, em dezembro de 2007, pelo então Presidente da República, a fim de erradicar as dúvidas que o tema ainda suscitava. Somente no dia 09 de fevereiro de 2012 o pleno da Corte Maior se pronunciou definitivamente a respeito.

No Brasil, com a Constituição de 1988, sobretudo com o advento dos Direitos Fundamentais e a ratificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, institucionalizou-se, de vez, a igualdade de direitos, dando importantes impulsos visando à consolidação, garantia e proteção desses direitos (ALVARENGA, 2010).

O advento da Lei Maria da Penha marca um novo tempo, onde a mulher é dona de si, e busca insaciavelmente sua independência, não aceita ser objeto do sexo oposto. É fato que ainda existem aquelas ditas “Amélias”, que declaram sua profissão como “do lar”, demonstrando tamanha submissão e limitação ao ambiente doméstico, verdadeiramente domesticadas por seus maridos. Contudo, são resquícios de um tempo de escravidão feminina, que devem, assim como a Ditadura, servirem como um exemplo a não ser seguido.

7 DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA QUANTO ÀS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Antes de adentrar com o assunto principal é necessária fazer uma conceituação entre sujeito passivo e ativo do crime.

Sujeito ativo do crime Capez (2010) considera pessoa que pratica a figura típica inserida em lei, isolada ou em concurso de pessoas. O conceito é amplo e não se restringe somente aquele que pratica o delito, mas também aquele que participa ou colabora de alguma maneira para a ação criminosa, chamado de partícipe.

Já o sujeito passivo do crime para Mirabete (2010) é aquele que tem seu bem jurídico lesado ou ameaçado pela prática criminosa. Nada obsta, pluralidade de sujeitos que tenham seus bens lesionados, serem vítimas do crime.

Sendo assim, trazendo tal conceito para as relações domésticas o sujeito ativo é todo aquele cuja prática é tipificada no código penal, ou seja, o agressor, ao passo que o sujeito passivo, é a vítima, que tem por direito proteção a sua integridade física.

Nos crimes ocorridos dentro do lar, tanto a mulher quanto o homem podem ser sujeitos agressores, só que há controvérsias no que diz respeito se existe possibilidade de não somente a mulher como também o homem serem sujeitos passivos.

Para Souza (2007) não é impedido usar por analogia, em exceção, ao homem que tenha sua integridade física em risco, na concessão de medidas protetivas de urgência, como poderia ocorrer na hipótese da mulher agressora que estivesse na posse de arma de fogo registrada, sofresse restrição prevista no art.22, efetivando, quanto ao mais, as regras gerais. A posição não é compatível ao que se defende em tese para garantir equiparação entre homens e mulheres, a Lei 11.340/06 pode ser aplicada em igualdade a ambos os gêneros, pois o importante não é a essência da lei, mas sim, o combate a violência doméstica de gênero.

O conceito inovador de família trazido por Dias (2010) as uniões homo afetivas. Adiciona ao parágrafo único do art. 5º insistindo em dizer que independem de orientação sexual todas as situações que caracterizam violência doméstica e familiar:

Art. 5 - 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:

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

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

Hermann (2009) também analisa o artigo 5º da Lei Maria da Penha, no intuito de conceituar destinando o alcance da aludida norma. Segundo a autora, o parágrafo único do referido dispositivo legal, é bastante claro que o sujeito ativo da relação possa ser alguém tanto do gênero feminino quanto do gênero masculino, na

condição de que a violência aconteça de acordo com os incisos I, II e III da lei, ou seja, no âmbito doméstico, âmbito familiar ou relação íntima de afeto. É vital que se leve em consideração que, quando a lei fala de “qualquer relação íntima de afeto”, ela está se referindo tanto a casais heterossexuais, quanto a casais homossexuais.

Com base na ideia dos autores mencionados, apesar da Lei Maria da Penha só tutelar a integridade física feminina, esta tutela atinge aos homens que são sujeitos passivos de agressão doméstica, independentemente, da orientação sexual. Segundo tal dispositivo constitucional reforça ainda mais o princípio da isonomia.

Segundo Dias (2010) para aplicar a lei Maria da penha basta está inserida na violência quer seja a vítima homem ou mulher serão amparados.

Na mesma direção, entende o Jurista Gomes:

“Parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados 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”

Existem decisões em que a lei foi concedida pelo juiz por analogia, eis a ementa:

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART. 226, PARÁGRAFO 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

Já na Comarca de Rio Pardo, RS, o juiz Osmar de Aguiar Pacheco, estabeleceu uma maneira preventiva a um homem que era ameaçado pelo ex-companheiro, justificando a sua decisão sob o princípio da igualdade e da vulnerabilidade da vítima.

Em sua decisão, disse que todo indivíduo que esteja em situação frágil, ou seja, enfraquecido, pode ser vítima. As garantias legais devem se estender a todos, desta maneira a Constituição deve censurar qualquer tipo de discriminação. Fazendo com que a união homoafetiva seja reconhecida como fenômeno social, são merecedores não só do respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação.

Outro caso aconteceu, no julgamento pela a 3.^a câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais do RES n.º 1.0145.07.414517-1/001, que concordou que para a caracterização da violência doméstica, é irrelevante o gênero do agressor ou do agredido, sendo suficiente apenas a existência da relação familiar ou então da afetividade entre os sujeitos envolvidos.

Portanto, diante o explanado, e invocando o princípio da igualdade dos sexos, a Lei Maria da Penha deve ser aplicada em todas as situações de violência doméstica, como já dito, independentemente do sexo, posto que o objeto da norma é coibir, punir, expurgar a violência doméstica da sociedade.

8 CONCLUSÃO

O escopo do presente artigo de conclusão de curso foi de apresentar a discriminação quanto ao gênero masculino com relação as medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006, analisando o princípio da isonomia expresso no art. 5º da Constituição Federal.

A princípio é feita uma breve introdução ao caso que ficou bastante conhecido pela senhora chamada Maria da Penha Fernandes que lutou por seus direitos e conseguiu levar a denúncia para a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos que repercutiu grande avanço na defesa aos direitos das mulheres, em seguida criou a lei em sua homenagem, nomeando como Lei Maria da Penha.

Para caracterizar violência doméstica basta está inserida na relação doméstica, relação familiar ou afetividade com o agressor, sendo desnecessária existência coabitação e que as partes sejam marido e mulher ou companheiro e

companheira, o conceito de família trazido pela Lei nº 11.340/2006 se aponta a todas as estruturas que convivem e são determinadas por uma relação íntima de afeto estando em combinação com a expressão “Direito das famílias” estabelecida no Código Civil.

A Lei 11.340/06 através do seu art.7º estipula um rol, sendo este não taxativo, com relação aos tipos de violência domésticas e familiar dando importância de que, a família como um todo merece proteção especial.

Enquanto no âmbito das relações homossexuais são consideradas como entidade familiar e está sujeitos a aplicação da lei 11.340 de 2006.

O tema central da pesquisa foi baseado em jurisprudências, embora existam divergências, há decisões favoráveis à aplicação analógica da Lei Maria da Penha aos homens, quando agredidos no meio familiar, seja física ou psicologicamente, dando também possibilidade de ser estendida a aplicação para todos os entes familiares.

Diante disso, quando o homem for agredido e estiver em situação de hipossuficiência, deve ser protegido em face da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, pois o bem jurídico é mais importante ao caso concreto.

Nesse contexto, é plenamente possível um amparo legal específico para o homem quando a mulher muitas das vezes se aproveita dessa ausência de lei específica para agredi-lo no âmbito familiar.

Ademais, o homem deve ser tratado de maneira igual a mulher, reforçando o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, I da CF/88.

Por fim, a aplicação por analogia da Lei nº 11.340/2006 é possível na defesa do gênero masculino, uma vez que tanto a doutrina como jurisprudência vêm entendendo ser cabível o texto legal a toda a unidade doméstica, estando o homem, dessa forma, também sob o âmbito de sua proteção, pois, quando este se encontrar em situação de vulnerável, será considerado o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Lúcia Barroso Freitas de. **O Direito das Mulheres no Brasil sob a ótica da igualdade: uma reflexão**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Tatiana Barreira. **Violência doméstica e familiar contra mulher**: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): um diálogo entre teoria e prática/ Tatiana Barreira Bastos. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMPOS, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O novo processo penal à luz da constituição**, vol II. Editora Lumen Juris.

CAVALCANTI, Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**. Salvador: Ed. Podivm. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GHINOZI, Cristiane Cabral. **A Lei Maria da Penha aplicada em favor do homem**. 2007. Disponível em http://www.jurisaway.org.br/v2dhall.aspd_dh-3821. Acesso em: 20 de outubro de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência "machista" da mulher e Penha: mulher bate em homem e em outra mulher**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

HELVESLEY, José. Isonomia Constitucional: igualdade formal versus igualdade material. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 7, ago. 2004, p. 143- 164.

HERMANN, Leda M. **Maria da Penha lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar**. Campinas: Servanda, 2009.

LIMA, Altamiro de Araújo Filho. **Lei Maria da Penha: comentários a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Sujeito Ativo do crime**. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28143/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-vitimas-do-sexo-masculino-e-as-relacoes-homoafetivas>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006)**. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários a Lei de Combate à Violência Contra a Mulher**. Curitiba: Juruá, 2007.