

Questão de gênero e diversidade sexual: a aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres, homens e homoafetivos

Isabela Sarmet de Azevedo*

Resumo

Homem que agride mulher, mulher que agride homem, mulher que agride mulher, homem que agride homem – cada um desses pares pode nutrir entre si vínculos de afetividade e agressividade. Cada um deles pode se valer da Justiça, para pleitear algum tipo de proteção, com base na Lei nº 11.340/2006, que foi cunhada com um nome de mulher – Lei Maria da Penha. Assim, o presente artigo versa sobre a questão de uma possível inovação da aplicação da Lei nº 11.340/ 2006 e/ou de sua possível descaracterização, em razão de sua aplicação, para proteger outros segmentos sociais, como homens e homoafetivos masculinos. Com base na análise de doutrina jurídica e de jurisprudência (decisões de juízes), são analisadas as interpretações que vêm sendo dadas à questão de gênero e diversidade sexual.

Palavras-chave: gênero; diversidade sexual; proteção.

Cuestión de género y diversidad sexual: la aplicación de la Ley Maria da Penha para mujeres, hombres y homoafectivos.

Isabela Sarmet de Azevedo

Resumen

Hombre que agrede mujer, mujer que agrede hombre, mujer que agrede mujer, hombre que agrede hombre - cada uno de esos pares puede nutrir entre sí vínculos de efectividad y agresividad. Cada uno de ellos puede valerse de la Justicia para pleitear algún tipo de protección, con base en la Ley nº 11.340/2006, que fue acuñada con un nombre de mujer - Ley Maria da Penha. De esta forma, el presente artículo versa sobre la cuestión de una posible innovación de la aplicación de la Ley nº 11.340/2006 y/o su posible descaracterización, en razón de su aplicación, para proteger otros segmentos sociales, como hombres y homoafetivos masculinos. Con base en el análisis de la doctrina jurídica y de jurisprudencia (decisiones de jueces), se analizan las interpretaciones que están siendo dadas a la cuestión de género y de diversidad sexual.

Palabras llave: género; diversidad sexual; protección

* Professora adjunta do Departamento de Serviço Social de Campos do Instituto de Ciências da Sociedade e Desenvolvimento Regional da Universidade Federal Fluminense; coordenadora do Grupo de Assessoria ao Trabalho do Assistente Social; doutora em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, com aprovação na Ordem dos Advogados do Brasil. O referido artigo resulta de pesquisa desenvolvida nessa Faculdade.

1. Introdução

O presente artigo trata de uma possível descaracterização da Lei nº 11.340/ 2006, em razão de sua aplicação para outros segmentos sociais, como homens e homoafetivos. O parágrafo 5º desta Lei explicita que a violência familiar e doméstica se dá no seio de relações pessoais e situações, que independem da orientação sexual das pessoas envolvidas. Daí surge o argumento de que a proteção legal se estende a fatos que se dão dentro do ambiente doméstico e, nesse sentido, a Lei pode se aplicada às uniões homoafetivas – entre pessoas do mesmo sexo – porque são entidades familiares.

Ainda que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por criar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. Assim, família também passou a ser não só a união entre homem e mulher, mas também a união entre duas mulheres e, igualmente, a união entre dois homens. “Mesmo que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins, impõe-se esse reconhecimento. Basta invocar o princípio da igualdade.” (DIAS, 2010, p.6).

As normas constitucionais consagram o direito à igualdade e proíbem discriminar a conduta afetiva, no que se refere à inclinação sexual. O tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é parte da natureza humana e abrange a dignidade da pessoa humana. Inexistindo o pressuposto da igualdade, tem-se a dominação e a sujeição. Todo o ser humano tem o direito de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade.

A orientação sexual e a diversidade sexual são expressões da esfera da privacidade, não admitindo restrições. Diversidade sexual é a possibilidade de expressar a sexualidade de diferentes formas, dada à liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano, no que se refere a sua condição de vida. Segundo Butler (2000), as identidades de gênero e sexuais serão sempre performativas, visto que transexuais, mulheres, homens, hétero, homo e bissexuais sempre realizarão performances de gênero e da identidade desejada e/ou construída nos processos de transformação.

Apesar de não haver previsão da Lei Maria da Penha, para situação específica de violência familiar doméstica, envolvendo homens e homoafetivos masculinos, entre outros segmentos sociais, não significa inexistência de direito à tutela jurídica. A falta da lei não significa falta de direito, nem impossibilita que se extraiam consequências jurídicas de

determinadas situações fáticas. A Justiça vem dando respostas ao silêncio do legislador, em cada caso que se apresenta para julgamento. É o que veremos a seguir.

2. Lei Maria da Penha para homens e homoafetivos: inovação ou descaracterização da Lei?

“Todo relacionamento é uma aventura a dois. (Pode ser uma doença a dois)” – afirma Lya Luft (2011, p. 43). Essa autora adverte para o fato de que se matam no Brasil cerca de dez a doze mulheres por dia, assassinadas pela mão do parceiro e que cresceu em noventa por cento o número de mulheres que perdem o medo e pedem socorro no país inteiro, nas delegacias da Mulher ou grupos afins. Porém, esses locais estão despreparados, são insuficientes, mal equipados. A demora em se tomar providências pode ser o tempo para a execução desse crime.

*Para haver um opressor, dizemos, é preciso haver um oprimido. A mulher-vítima é quem dá coragem ao truculento. O jogo sadomasoquista só funciona quando há dois parceiros. Por que tantas vezes essa parceria mortal?
As famílias nem sempre ajudam; amigos não querem interferir; a lei é vaga ou descumprida. A sociedade omissa desvia o rosto. Os filhos sofrem e às vezes, marcados por esse quadro, vão repetir em sua vida futura a mesma violência (Idem, p.47).*

O caldo da violência transborda em nossa sociedade. Não apenas as mulheres são vítimas, mas também os homoafetivos, as crianças, os adolescentes, os idosos, os deficientes, os diferentes (que se tornam desiguais) e os próprios homens.

Em recente entrevista, Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome a Lei nº 11.340/2006 falou sobre as conquistas obtidas: “Em cinco anos foram criados 104 equipamentos públicos em 60 municípios de 23 estados, como juizados e núcleos especializados ligados a promotorias” (OLIVEIRA, 2011, p. 10). Explicando a violência contra a mulher, Maria da Penha afirma:

Elas foram criadas para manter as aparências, para manter a harmonia do lar, para não externar o que acontece entre quatro paredes e o que acontece de negativo em relação ao homem. E muitas acreditam que, se apanharam, é porque alguma coisa fizeram por merecer. O homem, por sua vez, foi criado com a ideia de que é superior e outro que é inferior. A lei veio para mostrar que ambos são iguais, que não existe diferenciação de direitos nem deveres. [...] (Idem, p. 12).

Essa ideia de que a Lei veio para mostrar que ambos são iguais, que não existe diferenciação de direitos nem deveres tem dado margem para outras interpretações, como a

adotada em 2008, quando a Justiça de Mato Grosso tomou uma decisão bastante polêmica, ao usar a Lei Maria da Penha para proteger um homem de uma mulher. A vítima foi um empresário, que denunciou a ex-mulher por danos materiais, agressões físicas e ameaças.

O advogado do homem propôs ao juiz a aplicação inédita da Lei Maria da Penha, alegando que a lei criada para defender as mulheres é discriminatória. O resultado foi uma medida cautelar para que a mulher mantenha uma distância de pelo menos 500 metros da vítima e a proibição de fazer qualquer contato com o ex-companheiro (ADERALDO, 2011).

Foi encontrada outra aplicação da lei quando o homem é vítima, a qual se apresenta com os seguintes argumentos:

Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres [art.5º, I], cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito das relações familiares [art.226. §8º] e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal [no art.22, I], não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/2006 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente. Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que seja plenamente lícita suas disposições. [...]. [TJMG, Apel. Crim.1.0672.07.249317-0, Re. Judimar Biber, j.20/01/2009, DO 06.02.2009] (BRASIL, 2011).

Para o referido relator, não há inconstitucionalidade, resultante da discriminação produzida, mas apenas uma imposição inconstitucional, que pode ser superada com a equiparação das condições de homem e mulher. Nesse sentido, seria cabível a análise da pretensão que é da competência do Juízo que afastou a incidência da norma.

Em que se pesem os argumentos apresentados, ver-se-á que não apenas se equipara as condições de homem e mulher, mas se pretende através dessa decisão a descaracterização da Lei 11.340/ 06, que dispõe as qualificadoras de violência doméstica à mulher. O que se quer é que a mesma Lei seja aplicada a homens, mulheres ou crianças.

As decisões são ainda mais polêmicas, porque tratam da aplicação da Lei Maria da Penha a casais homossexuais. Em fevereiro de 2011, o juiz Osmar de Aguiar Pacheco, da comarca de Rio Pardo (a 150 quilômetros de Porto Alegre) concedeu medida de proteção a

um homossexual que afirmou estar sendo ameaçado pelo ex-companheiro, obrigando o agressor a manter uma distância de, no mínimo, 100 metros da vítima, sob pena de prisão.

Na época, o magistrado argumentou que, embora a lei tenha como objetivo a proteção das mulheres, qualquer pessoa em situação vulnerável pode ser beneficiada pela legislação. Segundo ele, a Constituição Federal diz que todos são iguais perante a lei, sem discriminações de qualquer natureza. Mesmo sendo do sexo masculino, a vítima mereceria a proteção da lei em um caso de violência doméstica, defendeu o juiz (ADERALDO, 2011).

Outro caso foi registrado em abril de 2011, em que o juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal da Capital do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que aplicou a Lei Maria da Penha para resolver uma briga envolvendo casal gay (JUIZ, 2011). Segundo os autos, um cabelereiro foi vítima de várias agressões (foi atacado com uma garrafa, sofrendo várias lesões no rosto, perna, lábios e coxa) por parte do companheiro, com quem vivia há três anos, na casa em que moravam no centro do Rio de Janeiro.

Após denúncia ao Ministério Público Estadual, a Justiça concedeu liberdade provisória ao acusado, sem pagamento de fiança, aplicando a Lei Maria da Penha. O acusado assinou termo de compromisso no qual se comprometeu a manter uma distância de 250 metros do cabelereiro.

Para o juiz, essa medida foi necessária, para resguardar a integridade física da vítima.

A especial proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, entre dois homens, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência, defendeu o juiz (Idem).

Ocorre que, como se sabe, essa medida, de natureza cautelar, é concedida com o fundamento da Lei Maria da Penha, muito embora esta lei seja direcionada para as hipóteses de violência contra a mulher.

Em especial, a mulher passa a contar com um precioso estatuto repressivo, preventivo e assistencial, que tem mecanismos para coibir essa modalidade de agressão. Os outros sujeitos aqui mencionados se não possuem, estão construindo seus estatutos de defesa de direitos.

Já os homoafetivos vêm se organizando e conquistando espaço na Lei Maior, com o reconhecimento da união estável e sua conversão para casamento e não tardarão a manifestar os mesmos problemas pelos quais passa a família contemporânea, relativos à violência doméstica.

O debate se trava entre os conservadores, que são aqueles que entendem que transexual¹ geneticamente não é mulher, sendo descartada a proteção especial pela Lei Maria da Penha e os que, modernamente, consideram que, desde que o transexual transmute suas características sexuais por cirurgia e de modo irreversível, deve ser encarada de acordo com sua nova realidade morfológica, admitindo-se nesse caso, a retificação de registro civil.

Rogério Greco (2006, p. 530) afirma que:

Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal.

No que tange a Lei Maria da Penha, Mello (2009, p.35) afirma que, em se tratando de transexuais, uma possível solução seria garantir a proteção àqueles que já tenham solicitado mudança de nome e alteração de registro e exibam tais documentos à autoridade policial ou em juízo.

Quanto aos transexuais, se discute se eles estariam amparados pela Lei Maria da Penha. Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2006, p.115) afirmam que:

o transexual não se confunde como o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico.

Em seu livro A Lei Maria da Penha na Justiça, Maria Berenice Dias (2008, p.41) afirma que, no que diz respeito ao sujeito passivo

há uma exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis que tenham identidade com sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica.

Em relação ao questionamento sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, pode-se dizer que há argumentos, no sentido de dizer que ela é discriminatória, afirmando a mulher como “eterno” sexo frágil e deixando o homem presumidamente impotente e desprotegido. Porém, não é assim que se deve entender a Lei, iluminada pela Constituição Federal, pois o Art. 5º da Constituição Federal equipara ambos os sexos em direitos e obrigações, garantindo-lhes, nos termos do Art.226, §8º da mesma, proteção em caso de violência doméstica.

João Paulo de Aguiar Sampaio e Tiago Abud Fonseca (2006, p. 4) afirmam que a legislação infraconstitucional tratou de forma diferente a condição de homem e mulher e o

status entre filhos que o poder constituinte originário tratou de maneira igual, criando, desse modo, a desigualdade no seio familiar.

Para tornar a questão mais clara, citam-se exemplos de absurda injustiça [para com o homem], a saber: numa agressão mútua, o que justifica a mulher ficar amparada pelo presente diploma e o homem não? Sabendo que a violência doméstica não se resume na agressão do marido contra a mulher, qual o motivo para se proteger a filha agredida pelo pai e o filho agredido não? Para uma agressão do filho contra a mãe há lei específica protegendo a vítima, porém para a sua agressão contra o pai não? (Idem).

Valter Foleto Santin (apud Cunha; Pinto, 2008, p.32) considera que:

[...] a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura politicamente correta, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções para uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina.

Muitas mudanças legislativas vêm se operando e, apesar da sedutora tese da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, é preciso se deparar com a realidade fática de calamidade pública, que assumiu a agressão contra as mulheres.

O objetivo da Lei 11.340/2006 é expressamente proteger a mulher, contra atos de violência praticadas por homens ou mulheres com os quais ela haja tido uma relação afetiva ou por qualquer pessoa, não importando a orientação sexual.

Oliveira (2010, p. 743) tece considerações acerca da Lei Maria da Penha, afirmando que:

[...] Não há inconstitucionalidade no tratamento diferenciado para a mulher adulta em relação ao homem adulto, em razão da supremacia física deste último, ao menos no que diz respeito a manifestações de força e de poder no âmbito das relações domésticas. É por isso que não sustentamos a aplicação desta Lei às relações homossexuais femininas, evidentemente que não em razão da natureza amorosa da relação, mas, muito ao contrário, com fundamento na igualdade de forças mais presente naquele ambiente.

De modo diverso, Bastos analisa de modo positivo o Art.5º, parágrafo único, que afirma: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual” (BRASIL, 2006). Para o autor, “há ausência de preconceito, no que tange às relações domésticas que unam mulheres homossexuais. Qualquer delas, independente do papel que desempenham na relação, está sujeita à proteção legal” (BASTOS, 2006, p. 85).

Oliveira (2010, p. 743) considera que “a lei se aplica a toda mulher, qualquer que seja o regime ou o fundamento da união, desde que caracterizada a vida em comum, e as relações

domésticas”. Este autor não admite a aplicação da Lei nº 11.340/2006 para mulheres adolescentes e crianças, devendo ser aplicada a estas a Lei nº 8.069/90. Quanto à aplicação da Lei a vítimas do sexo masculino, com o suposto fundamento de igualdade de tratamento, Oliveira adverte que a validade material da Lei nº 11.340/2006 está exatamente na “desigualdade concreta e real entre o ser humano homem e o ser humano mulher” (Idem). É o que podemos analisar a partir do seguinte trecho:

Por isso, não vemos razão alguma para qualquer tentativa de igualação entre homem e mulher, no que se refere exclusivamente à violência, seja quando praticada por uma mulher contra um homem, seja quando praticada por outro homem, desde que de vítima masculina se cuide. A Lei nº 11.340/06 não se aplica à vítima do sexo masculino. O que não significa qualquer demérito ou desvalia em relação a este; já há legislação suficiente para a proteção das pessoas em geral [Código Penal] (Ibidem, loc.cit).

O Art. 129, § 9º do CP, com redação dada pelo Art.44 da Lei nº 11.340/ 2006 não permite a aplicação por analogia das demais regras da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino.

Portanto, o homem, quando vítima de violência doméstica pode se socorrer do Código Penal, que não restringiu o sujeito passivo, abrangendo ambos os sexos. “A Lei não abrange a violência da mulher contra o homem, já que em relação a esta modalidade o tratamento legal é o geral, incidindo as regras de competência previstas no Código de Processo Penal” (SOUZA, 2007, p. 35).

Não há, portanto, como aplicar a Lei Maria da Penha à violência doméstica e familiar contra homens, visto que essa Lei tem um sujeito passivo que é a mulher. Não qualquer inconstitucionalidade de uma Lei que, através de estratégias repressivas e punitivas, visto que se trata de medidas públicas que tem o condão de igualar quem está em desigualdade, dentro de um processo histórico e social.

Mais recentemente, o Ministro Marco Aurélio foi relator do Habeas Corpus 106.212, Mato Grosso do Sul, de 24/03/2011 no Supremo Tribunal Federal, se posicionando da seguinte forma:

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que, alfim, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a “regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias considerada a célula básica que é a mulher. [HC nº 106.212 Mato Grosso do Sul, Rel. Ministro Marco Aurélio, j.24/03/11, DJ.13/06/11] (BRASIL, 2011).

Mais recentemente, a Lei 12.403/ 2011 (Lei das Cautelares) trouxe implicações à Lei 11.340/2006. Segundo Carlos Eduardo Rios do Amaral (2011), esta Lei protege mulher, criança, adolescente, idoso e pessoa com deficiência. Para este Defensor Público do Estado do Espírito Santo,

O novel Diploma alterador vai muito além da estremada Lei n.11.340/2006, a denominada “Lei Maria da Penha”, chegando mesmo inclusive a revogar seu Art. 42, que impunha a segregação provisória para aquele que descumprisse irremediavelmente as medidas protetivas de urgência deferidas unicamente pelo Magistrado do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (AMARAL, 2011).

Segundo Amaral, a Lei Maria da Penha deixou a descoberto outros grupos sociais historicamente vulneráveis, que mereciam especial proteção legislativa do Estado. Sobre esse ponto, já foi apresentado o pensamento de Eugênio Pacelli Oliveira, o qual afirma que a Lei Maria da Penha visou tão somente a mulher adulta e não outros segmentos sociais, como crianças, adolescentes, homossexuais e homens.

Para Amaral (2011), a Lei Maria da Penha cria descompasso e desafinação em nosso sistema processual penal, sendo eivada de inconstitucionalidade, pois, segundo ele, apenas a mulher faria jus a uma tutela cautelar do Estado em âmbito penal e a prisão preventiva do acusado em caso de inadimplemento do comando judicial protetivo.

A Lei 12.403/ 2011 vem aumentar o rol de ofendidos que ficarão sob a tutela de medidas protetivas de urgência, tendo a previsão do encarceramento cautelar para a garantia da efetividade das mesmas.

O Art. 313 do CPP traz nova redação, a partir da Lei 12.403/2011, admitindo prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. O inciso IV do Art. 313 do CPP foi revogado pela nova Lei, o que significa dizer que a prisão preventiva (para a proteção da vítima) também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de medidas cautelares, além das hipóteses de violência doméstica contra a mulher.

Amaral (2011) defende que a prisão preventiva deverá ser a última alternativa para a garantia da efetividade do processo penal e incolumidade da vítima. Esse artigo, porém, deixou desamparadas as vítimas de violência que sejam do sexo masculino. Questão delicada também diz respeito aos direitos dos homoafetivos e transexuais e sua proteção pela lei. A Lei

Maria da Penha fala expressamente em “mulher”; já a Lei 12.403/2011 fala em mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

De fato, “a lei não pode descurar-se de proteger todos os membros da família que se encontrem na posição de vítimas de violência, pois assim determina, cogentemente, a Constituição” (MELLO, 2009, p. 108) - é o que afirma a juíza de direito titular do 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Rio de Janeiro. A primeira questão que se coloca, em relação à Lei Maria da Penha, é a diferença de tratamento entre homens e mulheres, no que tange à possibilidade de prisão preventiva.

A promessa constitucional contida no Art.226, §8º era de que cada um dos membros da família teria assistência do Estado para coibir à violência no âmbito de suas relações. O princípio da igualdade, contido no caput e no inciso I do Art. 5º da Constituição Federal foi violentamente ofendido, segundo a autora. “(...) não há justificativa constitucional para a gritante diferença de tratamento, ainda que se entenda a situação cultural que leva as mulheres à condição de vítimas preferenciais de violência doméstica” (Idem, p.109).

A ação positiva agora examinada – a possibilidade de decretação de prisão preventiva para garantir a execução de uma medida protetiva deferida em favor de uma mulher vítima de violência doméstica e familiar – não tem caráter genérico, pois não beneficia a coletividade de mulheres, mas somente uma mulher determinada, que é suposta vítima da violência. Tampouco a medida gera uma igualdade de oportunidades, pois não se trata disso, nos âmbitos enfocados, nem trata-se de uma medida temporária (MELLO, 2009, p. 115).

Mello registra ainda que o mero descumprimento de medida protetiva, por si só, não justifica a prisão preventiva e, nesse ponto, se assemelha à análise de Amaral. Porém, Mello reconhece que, por vezes, a permanência do estado de liberdade do agressor doméstico poderá acarretar novas agressões e, nesse caso, somente sua prisão preventiva servirá de desestímulo. “A impossibilidade de decretação da prisão preventiva, nesses casos, em como a impossibilidade de prisão em flagrante (caso se aplique o artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95), poderão ser desastrosas para a vítima” (Idem).

Sobre a prisão preventiva, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, Alice Bianchini (2011) defende que, para ser decretada, não se exige que ao crime doloso seja cominada pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; que a prisão possa ser decretada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência aplicadas contra o ofensor, sempre que necessária, adequada e proporcional. Essas medidas protetivas de urgência são espécies de medida cautelar. Questão controvertida é a seguinte, apresentada por Biachini, questiona sobre a validade da regra contida na Lei Maria da Penha que admite

prisão preventiva pelo juiz, de ofício, na fase do inquérito policial (Art.20) e indaga se é possível aplicar a nova norma existente na Lei 12.403/ 2011 (que não admite tal situação). Esse questionamento é pertinente, uma vez que, como se sabe a norma especial deve prevalecer sobre a regra geral.

A esse questionamento, a Bianchini (2011) responde o seguinte:

[...] não obstante ofender o sistema acusatório (já que o juiz acaba por perder a necessária posição equidistante), no momento da ponderação de interesses, há que preponderar a norma de proteção integral à mulher em situação de risco [Art.4º, LMP].

Tal posicionamento é respaldado pelas estatísticas, as quais demonstram o elevadíssimo índice de homicídios, dentre outras violências, praticados por homens cuja vítima mulher mantinha ou manteve com ele uma relação íntima de afeto.

A questão que fica no ar é a sensação de impunidade, que a interpretação da nova Lei poderá gerar, pois se a prisão preventiva passa a ser decretada como última alternativa, ou quando não seja possível atingir a mesma finalidade com outras medidas, o que será das mulheres em situação de violência doméstica e familiar? Quem fiscalizará o cumprimento, por parte do indiciado ou acusado, das medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/ 2011?

Ainda há muito que ser discutido no que tange a Lei Maria da Penha, pois, se por um lado, ela vedou a aplicação de penas de prestação pecuniária e multa, por outro, não vedou a aplicação de penas restritivas de direitos que, se descumpridas, são passíveis de conversão em prisão, na forma do Art.44,§4º do CP.

Mello (2009) considera conveniente a criação de centrais de penas e medidas alternativas em cada Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e considera a prisão como sendo a última medida a ser aplicada pelo juiz, buscando a conscientização sobre as diferenças de gênero e a construção de uma cidadania de gênero.

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderão contar com equipe de atendimento multidisciplinar, que, entre outras atribuições, poderá desenvolver trabalhos de orientação voltados para a vítima, o agressor e os familiares (inclusive crianças e adolescentes, envolvidos no conflito familiar). Essa equipe deve encaminhar o agressor a tratamento psicológico na rede social do Município, a fim de que participe de grupos reflexivos, de ajuda mútua, como os alcóolicos anônimos e narcóticos anônimos.

A Lei 11.340/2006 é, sem dúvida alguma, uma inovação, referindo-se tão somente a crimes praticados com violência familiar contra a mulher, não havendo nela previsão de

delitos da mesma natureza praticados contra homem ou contra qualquer outro tipo de pessoa. Alargar essa Lei, para que ela possa abarcar outros tipos de violência contra outros segmentos será o mesmo que descaracterizá-la. Ninguém utiliza o Estatuto da Criança e do Adolescente para outros segmentos que não crianças e adolescentes. Ninguém utiliza o Estatuto do Idoso para outros segmentos que não o idoso. Assim como outras Leis foram elaboradas para dar proteção social a segmentos específicos, a Lei Maria da Penha tem em conta a mulher, uma vez que a violência praticada contra ela pressupõe uma relação íntima, com ou sem coabitação, caracterizada pelo poder e submissão, independentemente da orientação sexual dos envolvidos. Caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, não se pode descaracterizar a Lei 11.340/2006, afirmando que esta é discriminatória ou inconstitucional, pelos motivos aludidos neste trabalho. Não se quer com isso dizer que os outros segmentos não tenham direito de igual proteção por estatutos específicos ou leis já consagradas em nosso ordenamento jurídico, mas tão somente assegurar que a mulher não seja submetida a rituais macabros que ponham em risco a sua dignidade.

3- Considerações finais:

Nesse trabalho, foi abordado o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre a aplicação da Lei nº 11.340/ 2006 para outros segmentos sociais, como homens e homoafetivos, com vista a problematizar a possível inovação ou descaracterização da mesma. Essa Lei veio para mostrar que homens e mulheres são iguais, que não existe diferenciação de direitos nem de deveres. Mas, tem dado margem para outras interpretações polêmicas, como a de um juiz que afirmou ser a Lei discriminatória e resolveu o caso, afastando as qualificadoras de violência doméstica à mulher, para que a Lei 11.340/2006 possa ser aplicada a homens, mulheres ou crianças. Outro juiz, que aplicou a referida lei para defender homoafetivo, afirma que qualquer pessoa em situação vulnerável pode ser beneficiada pela legislação, já que a Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza.

No que tange aos transexuais, o melhor entendimento é de que a proteção da Lei Maria da Penha pode ser concedida àqueles que já tenham solicitado mudança de nome e alteração de registro e exibam tais documentos à autoridade policial ou em juízo.

Apesar das sedutoras teses da inconstitucionalidade e da discriminação, que recaem sobre a Lei 11.340/2006 – alegando que ela deixou a descoberto outros grupos sociais, historicamente vulneráveis – é preciso recordar que a lei se aplica a mulher em situação de

violência doméstica e familiar e não a mulher, de maneira geral. Também não se admite sua aplicação a crianças e adolescentes, que tem seu estatuto específico na Lei nº 8.069/90.

Quanto à aplicação da referida Lei a vítimas do sexo masculino, com o suposto fundamento de igualdade de tratamento, foi discutida, ao longo deste artigo, que a validade material da Lei Maria da Penha está em criar medidas públicas que tem o condão de igualar quem está em desigualdade, dentro de um processo histórico e social.

Destarte, a inovação trazida pela Lei Maria da Penha – que foi criar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros - ela visou tão somente à mulher em situação de violência doméstica, e não a outros segmentos sociais, como crianças, adolescentes, homossexuais e homens. Não se pode descaracterizá-la, a pretexto de que ela englobe outros segmentos sociais, como se isso resolvesse a questão fática da violência e da criminalidade em nosso país. Descaracterizar a Lei nº 11.340/2006, com argumento de que ela é discriminatória e inconstitucional pode ocultar algo bastante grave na realidade brasileira, que é a violência contra a mulher.

Assim, em decorrência do estudo realizado para a elaboração do presente trabalho, conclui-se que a Lei em questão é constitucional, devendo ser acolhida como uma ação afirmativa em nosso ordenamento jurídico, donde os direitos de mulheres em situação de violência doméstica estão formalizados e devem ser praticados, bem como todas as medidas protetivas de urgência, a fim de que elas não sejam alvos de reiteradas violências.

Com o devido respeito aos doutos que pensam contrariamente, parece incontroverso que essa Lei não pode ser aplicada para homens e homoafetivos (do sexo masculino), uma vez que a mesma foi elaborada para proteger a mulher em situação de violência. Não negamos, no entanto, a necessidade de se defender o direito de outros segmentos sociais que sofrem a violência familiar e doméstica. Há um verdadeiro derrame de ações judiciais, trazendo à tona um embasamento teórico coerente, no sentido de se assegurar a proteção contra a violência. Tudo caminha no sentido de que seja instituído um novo ramo do direito: o direito homoafetivo. Com ele, virão princípios, fontes e conexões com outros ramos do direito, além de um regramento próprio. Talvez seja preciso criar um estatuto da diversidade sexual, tal como foi criado para outros segmentos sociais, como o idoso, a criança e o adolescente. E consolidada a jurisprudência, o legislador terá que se debruçar sobre questões polêmicas, importantes, curiosas e complexas, como as que foram apresentadas ao longo deste artigo.

4-Referências:

ADERALDO, Daniel. Criada para mulheres, a Lei Maria da Penha também ajuda homens. **Último Segundo**. Brasil. 04 ago. 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/juiz+aplica+lei+maria+da+penha+para+resolver+bri+ga+de+casal+gay+no+rio/n1300085447073.html>> Acesso: 15 out. 2011.

AMARAL, Carlos Rios do. Lei nº 12.403/ 2011 protege mulher, criança, adolescente, idoso e pessoa com deficiência. **Folha do Delegado**. Espírito Santo, 20 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.folhadodelegado.jex.com.br/artigos+de+outros+autores/lei+n+12+403+2011+protege+mulher+crianca+adolescente+idoso+e+pe+soa+com+deficiencia>>. Acesso em: 15 out.2011.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha”. Alguns comentários. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 11, nº 1189, 3 out. 2006. Disponível em : <<http://jus.com.br/revista/texto/9006>>. Acesso: 13 nov.2011.

BENTO, Berenice Alves de Mello. **O que é transexualidade?** São Paulo: Brasiliense, 2008 (Primeiros Passos, n. 328).

BIANCHINI, Alice. **Dicas sobre a Lei Maria da Penha:** nova Lei de prisão e medidas cautelares. São Paulo: Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, 4 jul.2011. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/colunistas/alice-bianchini/dicas-sobre-a-lei-maria-da-penha-nova-lei-de-prisao-e-medidas-cautelares-lei-12-40311/>>. Acesso: 17 ago.2011.

BRASIL, Lei 11.340/ 06. Lei Maria da Penha. Brasília, DF, Senado, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 16 ago.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 106.212, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Brasília, DF, 24 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, 20 jan. 2009. Disponível em:<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=275851&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=violencia%2520domestica%2520mulher&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=%2509>. Acesso: 12 out.2011.

BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo”. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado:** pedagogias da sexualidade. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 151-172.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

_____. **Homoafetividade e direito homoafetivo**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/52-homoafetividade_e_direito_homoafetivo.pdf> São Paulo, 2010. Acesso em: 15 jul.2014.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói: Impetus, 2006. V.III.

JUIZ aplica Lei Maria da Penha para resolver briga de casal gay no Rio. **Último Segundo**. Brasil. 19 abr. 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/juiz+aplica+lei+maria+da+penha+para+resolver+briga+de+casal+gay+no+rio/n1300085447073.html>>. Acesso em: 15/10/2011.

LUFT, Lya. **A riqueza do mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

MELLO, Adriana Ramos de (org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2.ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Cida. As conquistas de Maria da Penha. **Revista do Brasil**. São Paulo: Atitude, nº 62, ago. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op.cit. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA, Tiago Abud da. A aplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. **Boletim do IBCCrim**. nº 168, nov. 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2007.

¹ Bento (2008, p.145) define a transexualidade como “uma experiência e não como uma identidade única, fixa, sedimentada, isto é, a realização de um processo de produção de si, que implicará um conjunto de transformações corporais e sociais que, por sua vez, construirão experiências de produção de corpos e subjetividades”.