



Serviço Público Federal
Universidade Federal do Pará
Faculdade de Direito
Campus de Marabá

Carlianny Silva dos Santos

A Lei Maria da Penha e os casais homoafetivos:
um novo olhar sobre as formas de aplicabilidade da Lei

Marabá
2013

Carlianny Silva dos Santos

A Lei Maria da Penha e os casais homoafetivos:
um novo olhar sobre as formas de aplicabilidade da Lei

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Pará – Campus Marabá como requisito
para obtenção de graduação de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof.Ms. Marco Alexandre Rosário

Marabá
2013

Carlianny Silva dos Santos

A Lei Maria da Penha e os casais homoafetivos:
Um novo olhar sobre as formas de aplicabilidade da Lei

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Pará – Campus Marabá como requisito
para obtenção de graduação de Bacharel
em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

_____ - Orientador
Marco Alexandre Rosário

_____ - 2º membro
Prof. José Erickson Pereira Rodrigues

Conceito: _____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Antonio e Helena, que nunca mediram esforços para me ajudar. Que tomou meu sonho para eles, e fez de suas vidas uma eterna dedicação a mim e meus irmãos. Á vocês que são exemplos de pais e de amor. Muito Obrigado. Amo vocês dois.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que antes de criar o céu e a terra, já me amava. A ti Senhor Jesus toda honra e toda glória. Obrigada por ter me escolhido em meio à multidão, para te adorar por toda a minha vida.

Aos meus pais tão amados, Antonio e Helena, por ter sonhado e trilhado junto comigo todos os caminhos. A vocês dois meu amor incondicional e eterno.

Aos meus irmãos, e principalmente ao Júnior, que convive e divide comigo as alegrias e lutas dessa jornada, obrigado pelo o carinho e apoio.

Ao meu namorado e amigo, Ozéias Fernandes, pelo o amor, dedicação e companheirismo nesta fase de minha vida;

Aos meus amigos e irmãos, Aveilton, Daliane, Jairiane, Victor, Nivaldinho, Mazoane e Priscila, que juntos comigo fizeram o melhor "fundão" da história da UFPA. A vocês todo o meu amor.

Ao meu orientador, Prof. Marcos Alexandre, obrigado pela sua dedicação.

Ao meu co-orientador, Dr. José Erickson, por ter aceitado me ajudar neste trabalho, por ser para mim um exemplo de dedicação, amizade e humildade, muito obrigada.

E por fim a todos que de certa forma contribuíram nessa jornada, me ajudando a concretizar este sonho.

*"Porque eu sou, o SENHOR, teu Deus, te tomo pela tua mão direita e te digo: Não temas, que eu te ajudo".
(Isaías 40-13)*

"Eu vou orar até que os céus se abra sobre mim."

*"Sabemos que todas as coisas cooperam para o bem daqueles que amam a Deus, daqueles que são chamados segundo ao seu propósito".
(Romanos 8-28)*

RESUMO

A união homoafetiva é um assunto extremamente discutido e, embora, não exista uma Lei que reconheça legalmente o casamento gay no Brasil, houve um avanço significativo neste sentido com a decisão do STF na ADI nº 4277. A suprema Corte, fundamentada nos princípios da pluralidade das famílias e na afetividade como núcleo formador da família, reconheceu união homoafetiva como Entidade familiar equiparando-a a união estável heteroafetiva. Essa decisão muda o conceito de família atual e, abre espaço para a discussão acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, aos casos de violência doméstica ocorrida no âmbito dessa nova forma de família, reconhecida pelo Estado. Para alguns doutrinadores esta Lei, em alguns de seus artigos, já expressam sobre a legalidade das uniões afetivas.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Uniões homoafetivas. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The union homoafetiva is a highly discussed and, although there is no law that recognizes legal gay marriage in Brazil, there was a significant advance in this direction with the Supreme Court decision in ADINo.4277. The Supreme Court, based on the principles of plurality of families and the warmth of the family as a core trainer, recognized a union homoafetiva as a family entity equating it to a stable heteroafetiva. This decision changes the concept of family today, and opens space for discussion about the applicability of the Maria da Penha Law, in cases of domestic violence that occurs within this new family form, some scholars in Brazil have recognized by this Law, in some of his articles, as expressed on the legality of marriages affective.

Keywords: Maria da Penha Law. Homoafetivas unions. Applicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ENTIDADE FAMILIAR	10
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.2 OS MOVIMENTOS FEMINISTAS E EVOLUÇÃO SOCIAL DA MULHER	12
1.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88 E A FAMÍLIA	16
2 A LEI MARIA DA PENHA.....	18
2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS A LEI MARIA DA PENHA.....	18
2.2 CONCEITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA	20
2.3 TIPOS VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR	22
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	24
3.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA	24
3.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.....	26
3.3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE	26
4 A LEI MARIA DA PENHA E A HOMOAFETIVIDADE	29
4.1 O AFETO COMO FORMADOR DE FAMÍLIA.....	29
4.2 UNIÃO HOMOAFETIVA UMA ENTIDADE FAMILIAR	30
4.3 AVANÇOS JURISPRUDENCIAIS.....	31
4.4 LEI MARIA DA PENHA E OS CASAIS HOMOAFETIVOS	38
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise da Lei Maria da Penha em face dos casais homoafetivos. Como objetivo geral buscar compreender após estudos e pesquisas, se, a Lei Maria da Penha, pode ser usada nos casos de violência doméstica ocorrida em casais homoafetivo.

O objetivo específico, deste trabalho é analisar o que de fato a Lei 11.340/06 busca proteger ou inibir. A base literária da pesquisa basear-se-á, em bibliográfica e jurisprudências sobre o caso.

O tema é polêmico, atual e, relevante, não apenas para o cenário Jurídico, mas para toda sociedade.

A bem da verdade, este trabalho não tem o propósito de questionar a constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, tão pouco a real necessidade de sua existência num cenário marcado por agressões, medo e injustiça. Também não se limita a criticar as opiniões de autores que defendem a não aplicação da Lei aos casais homoafetivos, e ao sexo masculino. Busca somente analisar um novo olhar sobre as formas de aplicabilidade da Lei 11.340/06.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo busca-se analisar a entidade familiar e sua evolução história, a Constituição de 1988 e a família atual, os movimentos feministas e a evolução social da mulher.

No segundo capítulo, versar-se-á sobre a Lei Maria da Penha, seus aspectos introdutórios, o conceito e os tipos de violência doméstica e familiar.

O terceiro capítulo direciona-se para a análise dos princípios constitucionais da Dignidade Humana, da Isonomia e da Proporcionalidade.

Por fim, o quarto capítulo apresenta o papel do afeto como formador da família, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, assim como o novo olhar sob a aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos casos de Violência Doméstica nas relações homoafetivas e alguns posicionamentos jurisprudenciais acerca da aplicação da Lei 11.340/06.

Com este itinerário, espera-se alcançar o intuito que ensejou a preferência por este estudo: analisar a abrangência de aplicação da Lei Maria da Penha.

1 ENTIDADE FAMILIAR

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A palavra família tem origem do latim "*famulus*" que significa um grupo de escravos pertencentes a um mesmo patrão. Isso porque, antigamente, a concepção de união familiar não tinha uma conotação idealista, apenas patrimonial, referia-se a ideia de respeito à propriedade.

No Direito Romano, tínhamos a autoridade de chefe de clã, esse era o chefe dos chamados "*pater família*". A família, aqui, era organizada no poder e na posição do pai, chefe da comunidade. Esse chefe era a pessoa "*sui júris*", ou seja, era a pessoa que chefiava todo o resto da família que vivia sob o seu comando.

Ressalta-se, que a família nesse período histórico, era concebida como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, em que o patrimônio pertencia a todos.

Já no período medieval, a família foi extremamente influenciada pela religião, tendo como característica: a indissolubilidade matrimonial, a imperatividade dualista de sexo e a necessidade de procriação.

Foi no Direito Moderno que surgiu às famílias nuclear e monoparental, nesse período já se reconhecia o caráter mais individualista da unidade familiar.

Até o período da revolução francesa, a família ainda era concebida com o papel patriarcal hierarquizada, como unidade de produção e procriação, e o Estado e a Igreja, estabeleciam as regras jurídicas e cânones.

No Brasil, com a criação do Código Civil brasileiro de 1916, instituiu-se a família como uma entidade constituída, obrigatoriamente, pelo matrimônio, nitidamente supracionada pelo catolicismo, que pregava o patrimônio como forma de propagação da espécie.

A sociedade brasileira, com o passar dos anos, foi sofrendo diversas modificações e a família também foi palco de mudanças, e várias delas se deram com a vigência da Constituição Federal de 1988, onde a igualdade dos conjugues, liberdade e garantias da mulher alcançaram condições de cláusulas pétreas. A proteção da família, a partir desse momento, alcançava todas as formas, desde as oriundas do casamento até a de união estável.

Cristiano Chaves de Farias (2008), afirma que: "nessa diapasão, a tutela do

ser passou a ser mais importante do que a tutela do ter”.

A Sociedade Moderna conheceu uma nova forma de modelo familiar, desmatrimonializado, descentralizado e igualitário, onde a base de tudo é o afeto, a solidariedade e o respeito mútuo entre seus membros.

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentaria), protegida todo e qualquer modelo de vivência afetiva. Essa família pós-modernidade comprometida com a estrutura sócio afetiva, forjada em laços de solidariedade (FARIAS, 2008)

A carta magna definiu o direito de família com base em três linhas: vedação da discriminalização entre filhos, igualdades entre homens e mulheres e entidades familiares.

Por ser uma norma principiológica fundamental, a constituição federal de 1988, explicita em seu paragrafo 3^a, art. 226, o significado da família como entidade jurídica.

Art.226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3^a - Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a conversão em casamento. (MECUM, 2012, p.72)

É necessário, se levar em conta aqui, que princípio da interpretação extensiva do art. 226 da CF, que determina, com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, que não enseja “*numerus clausus*”.

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidas na Constituição Brasileira não números encerram “*numerus clausus*”. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade, estão protegidos, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelos direitos das obrigações cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que os integra. (LÔBO, 2002, p.12)

Importante ressaltar, também, que muitas dessas transformações sociais vivida no contexto familiar brasileiro, se deve a à mulher.

Isso porque a mulher, ainda,durante a Revolução Industrial, no século XX, assumiu a sua independência pessoal e social, conseguindo, após muitas lutas,

conquistar seu espaço no mercado de trabalho, antes totalmente dominado pelo o homem, e proporcionando através disso, a modificação na estrutura familiar.

Portanto, para se analisar melhor as novas formas de famílias, é necessário compreender a evolução social da mulher que ajudou, significativamente, não só no processo de modificação dessa unidade familiar, mas abriu os olhos não só da sociedade, mas também de nosso ordenamento jurídico para o mal que assola a humanidade, que é a violência familiar e doméstica.

1.2 OS MOVIMENTOS FEMINISTAS E EVOLUÇÃO SOCIAL DA MULHER

Fazer um levantamento da história da evolução da mulher é, no sentido mais completa das palavras, nos deparar com um universo marcado por casos de exploração, discriminação social e submissão. É, descrever situações marcada pelo pré-conceito e, desumanidade.

À mulher, historicamente, foi cabível uma série de obrigações e, porque não falar, quase nada de direito.

Isso porque, a história da mulher, fora escrita, durante séculos, por teorias machistas, e o processo de emancipação da mulher não foi uma tarefa fácil, nem tão pouco rápida, pelo o contrário, o mesmo perdurou durante séculos até alcançar ao patamar que está hoje.

Para tanto, é necessário analisar que, desde a criação da humanidade, no período pré-histórico, mais precisamente, no período neolítico, fase na qual foram criadas as primeiras sociedades, e que começou a surgir às primeiras divisões de tarefas sociais, à mulher cabia, apenas, gerar o filho e amamentá-lo. Aos homens pertencia a tarefa de sustentar família.

Na Idade Média, conhecido como Idade das trevas, os clérigos, nome dado aos homens da igreja, avaliava as mulheres como criaturas do diabo, pecadoras.

De acordo com Silva (2010), foi nesse período que se realizou uma das maiores perseguições ao sexo feminino, conhecido como “caça as bruxas”, a Santa Inquisição encarregou-se de “purificar” a alma das mulheres, pondo-as vivas em grandes fogueiras, para que elas fossem ao céu totalmente isentas de sua característica de pecadora.

A ‘caça as bruxas’ foi um movimento pelo qual a igreja, através do

Santo ofício (inquisição), caçou os rituais pagãos que tinham a mulher como base da fertilidade e o corpo feminino como centro da vida. Contra esse movimento a igreja Católica comandou um massacre chegando ao ponto de em um único dia executar três mil mulheres. (GALIZA, 2010)

Foi também, nessa época, que se usou o cinto de castidade, instrumento de aço utilizado, dolorosamente, nas vaginas das mulheres, a fim de impedir que as mesmas tivessem “consumação carnal”.

Com o surgimento da sociedade patriarcal, no período da Idade Moderna, a mulher era vista como propriedade do homem. Quando criança, submissa ao pai, e quando adulta, ao marido. Cabia ao homem, à posição inquestionável de chefe de família, e à mulher a função doméstica, de procriação. Leciona (VIEIRA et. Al., 2006, p.01) :

A mulher não pode viver sem um homem. A partir do momento que nascesse sua vida estaria para sempre subjugada ao homem. Primeiro estava submissa ao pai que era seu responsável e a preservava até seu casamento, a partir daí o marido ocupava o lugar e ela como mulher virtuosa lhe devia obediência. O casamento tinha grande importância na Idade moderna, era uma instituição econômica e social, pois o marido dava-lhe o sustento e o nome, em retribuição ela seria companheira e mãe. Na alta sociedade as mulheres ao casarem se tornavam donas de casa, administravam as propriedades com a ajuda dos feitores e agentes, enquanto as classes mais baixas tinham que trabalhar para ajudar no sustento. O objetivo primeiro do casamento era a reprodução da espécie e assegurar a educação e o sustento dos filhos. (VIEIRA, 2006, p.)

No século XIX, era permitido ao marido “traído” o direito de matar a sua esposa e o rival. Foi nesse contexto que, no decorrer do século XX, o movimento feminista floresceu e os atos internacionais de proteção à mulher se multiplicaram.

O movimento feminista, que surgiu nessa época, buscou principalmente a igualdade de direitos, respeitando as diferenças entre sexos, e o fim da ideia de superioridade do sexo masculino sobre o feminino.

A partir desse momento, a violência passou a ser um dos temas objetos de reivindicações dos movimentos de mulheres, tanto no âmbito nacional, quanto no âmbito internacional.

No Brasil, a primeira mulher a escrever sobre seus direitos foi Nísia Floresta, do Rio Grande do Norte. Ela escreveu um livro, no início dos anos de 1800, intitulado: Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens. Nísia defendia,

principalmente, o direito das mulheres à educação.

Quem ama não mata' foi um dos primeiros slogans do movimento feminista no final dos anos 70, quando atuantes desse movimento foram às ruas, para protestar contra alguns assassinatos de mulheres, cometidos por seus maridos, companheiros, namorados ou amantes. (GROSSI, 2009)

Finalmente, depois de ter passado por várias fases, com a luta pelos direitos sexuais, reprodutivos e contra a violência, o movimento conseguiu romper a invisibilidade histórica das mulheres.

Rompeu também fronteiras, criou novos espaços, possibilitou o florescer de novas práticas, novas iniciativas e identidade feminina. Isso porque, foi através desses movimentos, que o mundo passou a olhar e perceber a mulher e seus direitos. Estes movimentos estimularam as reivindicações e, mais ainda, a sua organização.

No Brasil, por exemplo, essas reivindicações foram incorporadas a lei vigente. Em nosso país, este movimento nasceu de forma regular e com propostos bem definidos, tendo como líder da Federação Brasileira pelo o Progresso feminino, Berta Lutz.

De início, dois períodos marcaram a luta desse movimento em nosso território. O primeiro foi o período de estagnação do movimento, devido o governo da época, que impedia qualquer tipo de manifestação popular. O segundo período foi marcado pelo o direito de voto da mulher, que lhe oportunizou a participação da vida nacional.

Em 1931, fora realizada no Brasil, II Congresso Internacional Feminista, que segundo Bianchini (2009, p.8).

Foi à ocasião em que as Congressistas têm acesso ao Presidente do Governo Provisório, Getúlio Vargas, que se comprometeu, pessoalmente, não evitar esforços em prol da Campanha sufragista. Tal empenho se concretiza com a elaboração do código eleitoral, no ano seguinte, ao qual permite a mulheres o direito ao voto.

Em meados dos anos 60, o movimento feminista, ganhou força no contexto de movimentos contestatório, luta-se, neste período, não apenas pela mobilização das mulheres, aqui o movimento, adquiri posição de critica ao cenário politico da época, a forma com que estes limitavam o poder social. Alvarez (1990), relata que:

O movimento resignificou o poder político e a forma de entender a política ao colocar novos espaços no privado e no doméstico. Sua força está em recolocar a forma de entender a política e o poder, de questionar o conteúdo formal que se atribuiu ao poder e as formas que exercido. Distingue-se dos outros movimentos de mulheres por defender os gêneros das mulheres, por questionar os sistemas culturais e políticos construídos a partir dos papéis de gênero historicamente atribuído às mulheres, pela definição de sua autonomia em relação aos outros movimentos, organização e o Estado e pelo princípio organizativo horizontalidade, isto é, da não existência de esferas de decisões hierarquizadas.

Percebe-se, portanto, o papel grandioso desse movimento, no setor social e político, do nosso país, principalmente com relação à sociedade discriminadora.

Nos anos 70, o movimento surgiu com inegável força política, enorme potencial de transformação social, ramificando em diversas organizações, que atuavam nos movimentos de massa, como grupo de trabalho, pesquisas, debates, cursos, publicações, participando de campanhas que levavam milhares de mulheres às ruas reivindicando por liberdade social, participação no mercado de trabalho, pelo fim da violência doméstica entre outros.

O movimento feminista surgiu no Brasil, portanto, em meio à repressão do regime militar dominante e da falsa democracia, como resposta ao governo autoritário, intrinsecamente ligado aos movimentos de oposição, sob um forte impacto dos movimentos feministas internacionais e, como consequência do processo de modernização que implicou em uma maior incorporação das mulheres no mercado de trabalho e ampliação do sistema educacional.

O marco do movimento ocorreu em 1975, com a comemoração do dia internacional da mulher. Neste ano foi criado o movimento feminista pela anistia, considerado o primeiro movimento organizado de contestação à ordem vigente, surgido onze anos após o regime de execução.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, conjuntamente com o movimento feminista autônomo, conduziu a campanha nacional, "Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher". Para articular a participação da mulher, foram realizados eventos em todo o país, recolhendo as propostas regionais em um encontro nacional com a participação de 2000 mil mulheres. Todas as demandas, fora apresenta a sociedade civil e os constituinte através da "carta das mulheres a assembleia constituinte". Pinto (1994, p. 225), explica esse quadro, ao afirma que:

A presença constante das feministas no cenário da constituinte e a conseqüente “convenção” da bancada feminina apontam para forma de participação distinta da exercida pelo voto, formas estas que não podem ser ignoradas e que talvez constituam a forma mais acessível de participação política das feministas. Este tipo de ação política, própria dos movimentos sociais, não passa pela representação. Constitui-se em pressão organizada, tem tido retorno significativo em momentos de mobilização e pode ser entendida como uma resposta à falência do sistema partidário como espaço de participação.

O feminismo enfrentou o autoritarismo da ditadura militar, conquistou seu lugar no espaço público, democrático, ao mesmo tempo em que se revoltou contra o autoritarismo patriarcal presente na família, na escola, nos espaços de trabalhos e também no Estado. Foi através do movimento feminista que a mulher descobriu que era impossível manter autonomia ideológica e organizativa, e ainda interagir com os outros partidos políticos, com o sindicato, com os movimentos sociais.

Mas é importante, salientar que o movimento não se esgotou por aí, já que, com as mudanças sociais, surgem novas demandas, novos enfrentamentos.

As políticas especiais para as mulheres enfrentaram e enfrentam, até os dias atuais, resistências culturais e políticas. No entanto, é importante ressaltar que estes movimentos mudaram não só a maneira do mundo olhar para mulher, mas também modificaram a estrutura tradicional da família.

As reivindicações incentivaram a criação de normas legislativas, como a Lei Maria da Penha, que reconhece as novas formas de entidade familiar e coíbe a violência doméstica. Aspectos estes, de evolução da sociedade, do novo conceito de unidade familiar e proteção das partes que a compõe, contra a violência doméstica, que será alvo de estudo desta pesquisa.

1.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88 E A FAMÍLIA

A entrada da mulher no mercado de trabalho, sua liberdade financeira e sexual, ditaram novos rumos à família. A ideia de família, defendida pelo Código Civil de 1916, cujos laços eram definidos pelo casamento indissolúvel em que o homem era o responsável pelo sustento e rumo da família rapidamente se revelou inadequado.

Novas estruturas familiares contribuíram para o desprestígio do casamento e

a formação de relações ditas “ilegítimas”. E longe das formalidades do casamento civil, homens e mulheres passaram, cada vez, a se unir, dividir suas vidas, ter filhos.

Essas novas formas de união não se prendiam à constituição do casamento, mas sim pelo amor, sentimento, afetividade, que pode surgir, desaparecer, se transformar.

(...) A verdade jurídica cedeu vez à imperiosa passagem e instalação da verdade da vida. E a verdade da vida está a desnudar aos olhos de todos, homens ou mulheres, jovens ou velhos, conservadores ou arrojados, a mais esplêndida de todas as verdades: Neste tempo em que até o milênio muda, muda a família, muda o seu cerne fundamental, muda a razão de sua constituição, existência e sobrevida, mudam as pessoas que a compõem, pessoas estas que passam a ter coragem de admitir que se casam principalmente por amor, pelo amor e enquanto houver o amor. Porque só a família assim constituída independentemente da diversidade de sua gênese – pode ser mesmo aquele remanso de paz, ternura e respeito, lugar em que haverá, mas que em qualquer outro, para todos e para cada um de seus componentes, a enorme chance de realização de seus projetos de felicidade. (HIRONAKA, 2000).

Essa família, é que foi reconhecida pela Constituição Federal 1988; em substituição à família paternalista do Código Civil 1916 e 1922.

No capítulo seguinte iremos abordar o surgimento da Lei Maria Penha, o conceito de Violência Doméstica e tipos de Violência Doméstica.

2 A LEI MARIA DA PENHA

2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS A LEI MARIA DA PENHA

Para compreender melhor a Lei Maria da Penha é preciso abordar as convenções internacionais de proteção à mulher. (Kato, 2008, p. 270).

Objeto de dois relevantes tratados, a violência contra a mulher é um fenômeno universal.

O primeiro tratado é o das Organizações das Nações Unidas – ONU. De âmbito global, o tratado é chamado de Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CELOA). E o segundo é o da Organização dos Estados Americanos – OEA. De âmbito regional temos a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ou Convenção de Belém do Pará (CEDAW).

A CEDAW foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1979, e assinada pelo Brasil em 31 de Março de 1981, com algumas reservas, e ratificada pelo Congresso nacional em 1º de fevereiro de 1984.

Em 1994, o Brasil ratificou plenamente a Convenção, à luz da Constituição de 1988, através do decreto Legislativo 26/1994 e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto de Lei 4377/02 (ONU, 2008).

Esta Convenção prevê a possibilidade de ações afirmativas em várias áreas, tais como, saúde, educação, direitos civis e políticos, estereótipos sexuais, prostituição e família.

Destaca-se, que esta Convenção de 1979 foi o primeiro instrumento internacional que dispôs de forma ampla sobre os direitos da mulher, com dois propósitos bem definidos: Promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer formas de discriminação contra a mulher. Os Estados signatários têm o dever de eliminar discriminação contra a mulher, seja através de medidas legais, políticas ou programáticas.

A referida Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade, consagrando duas tutelas diversas, a repressiva ou punitiva, que proíbe a discriminação, e a positiva, que propugna a igualdade entre os homens e as mulheres através de políticas compensatórias com intuito de proporcionar a igualdade através de medidas afirmativas. (CORRÊA, 2008, p.14)

Em Belém do Pará, foi realizada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pela ONU, em 1994, e ratificado pelo Brasil, em 21 de Novembro de 1995. Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 107/95 e promulgada pelo Presidente da República, em 1996, pelo Decreto de Lei 1973/96. (Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2008).

O Brasil, ao ratificar a referida Convenção, se comprometeu a incluir em sua legislação interna normas penais, civis, administrativas, ou outros que se fizerem necessários para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar medidas administrativas que proporcionem a efetivação destas medidas, e ainda legislar no sentido de modificar ou abolir leis ou regulamentos ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinários que respaldam a existência da violência contra a mulher, e ainda estabelecer procedimentos jurídicos adequados e eficazes para mulher vítima de agressões domésticas e familiares, além de estabelecer mecanismos judiciais e administrativos que assegurem à mulher agredida acesso ao ressarcimento de danos que, porventura, lhes foi causado. (Corrêa, 2008, p. 165).

O caso Maria da Penha ajudou a divulgar os direitos da mulher previsto da Convenção de Belém do Pará, assim como demonstrou o desrespeito como este tipo de violência era tratado no Brasil. (Moreira, 2001, p. 64).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, Estados Unidos, recebeu a denúncia representada pela própria Maria da penha, em 20 de Agosto de 1998. Foi publicado em virtude disso, o Relatório 54, de 16 de Abril de 2001, onde foi feito uma profunda análise do caso denunciado, apontando-se as falhas do Estado brasileiro na qualidade de partes das Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher e Convenção de Belém do Pará – que ratificou, reabrindo os debates sobre o tema da violência contra a mulher no meio brasileiro, culminando, com a publicação da Lei Maria da Penha em 07 de Agosto de 2006, cerca de 05 anos após a publicação do referido relatório (Cunha;Pinto, 2007, p. 13/14).

A defesa de uma lei específica para tratamento da Violência contra mulher ganhou força com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, que discriminava a mulher no acesso à justiça e intensificou com a condenação do Brasil, pela Comissão

Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão no caso Maria da Penha. (Pasinato, 2008, p. 331).

Assim, a Lei 11.340/06, surgiu como resposta legislativa às recomendações feitas, pelas Nações Unidas, no combate à violência de gênero.

A lei foi editada, em conformidade com os preceitos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos e, especial, a Convenção da ONU (1979) e da OEA (1994), para atender o compromisso firmado na Constituição Federal e nas Convenções internacionais fazendo referências expressas a estes dois normativos em sua emenda.

Dividido em 04 capítulos, com 46 artigos, a Lei 11340/06, tem inspiração humanista e como finalidade o usufruto dos direitos fundamentais e de proteção garantidas à mulher.

Possui os seguintes títulos: Disposições preliminares, Da violência doméstica e familiar contra a mulher; Da assistência à mulher em situações de violência, doméstica e familiar, Dos procedimentos; Da equipe de atendimento multidisciplinar, Disposições transitórias; e Disposições finais.

Esta Lei impôs alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e a lei de Execução Penal, apresentando propostas inovadoras, tanto quanto às medidas de proteção, quanta disciplina e a fiscalização das entidades de atendimento à mulher.

O Estado passou a ser o principal agente na realização das políticas públicas necessárias para coibir a violência doméstica e familiar.

2.2 CONCEITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Violência significa em linhas gerais, qualquer forma de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Para efeitos penais a violência representa “violência física”, razão pela qual alguns tipos adicionaram à palavra violência, outra expressão tal como a grave ameaça.

Como o advento da lei 11.340/06, a expressão violência, retorna-se ao sentido lato, qual seja: “constrangimento físico e moral” contra a mulher.

Neste sentido, o legislador dobrou-se em novas definições que, segundo Nucci, (2012, p.544), são muitas vezes contraditórias e equívocas e, em grande parte, abrange situações estranhas ao propósito de defender a mulher no âmbito do

seu lar.

A Constituição Federal de 1988, na esteira da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, (1979), fez a sua parte e inseriu vários dispositivos deixando clara a igualdade entre as pessoas, independentes do sexo.

Em 1994, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher chama atenção para violência generalizada contra a mulher que feria o princípio da dignidade humana tornando explícita a histórica de desigualdades entre homens e mulheres. Neste período, encontrava-se a necessidade de se criar novos mecanismos para coibir a violência contra a mulher, fora e dentro do lar. Não exclusivamente voltada à violência doméstica e familiar.

Vejamos o art. 2º:

Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006, p.)

Com o advento da Lei 11.340/06, procurou-se delimitar o conceito de violência, no âmbito doméstico e familiar, que segundo o disposto na Lei é qualquer ação ou omissão baseado no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial.

O art. 5º, da Lei 11.340/06, diz que:

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: (BRASIL, 2006)

Nucci (2012) fala sobre a necessidade de se interpretar, restritamente, a definição de violência doméstica, já que não é qualquer crime que ingressa no cenário de violência doméstica e familiar, pois para tal é necessário verificar a situação do agente do crime e da vítima e seus vínculos domésticos ou familiares.

A violência contra a mulher pode ocorrer no cenário das relações domésticas, sem contexto familiar (ex: determinada pessoa agride a mulher com quem coabita em área pessoal). Bem como há situações

que se dá no contexto familiar, mas não em relação domésticas (ex: o pai agride a filha, que já não vive com ele há muito tempo). (NUCCI, 2002)

Vejamos o que diz a Lei 11.340/06, no seu art. 5º:

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

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

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

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

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

Embora, tenha o legislador usado à expressão violência doméstica e familiar, a conclusão que se tem é que a lei pretende diferenciar as duas hipóteses em:

Casos de violência doméstica, que se dar no âmbito da unidade doméstica, sem a necessidade de vínculos parentais, conforme previsão do art. 5º, I, da Lei 11.340/06.

Casos de violência familiar, que são os praticados entre parentes ou pessoas com vínculo objetivo (art. 5º, II e III).

2.3 TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Lei 11.340/2006, em seu artigo 7º, prevê cinco espécies de violência, quais sejam:

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

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

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

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Portanto, de acordo com a lei, o primeiro tipo de violência especificado é a física, que se refere qualquer ofensa à integridade ou a saúde corporal da mulher.

A segunda forma, é a Psicológica que o texto normativo se refere as ameaças, humilhações, insulto, entre outros, que acabam por afetar a sua saúde psicológica e sua autodeterminação.

A terceira se refere à violência sexual, ou seja, obrigar à mulher manter relações sem sua plena permissão, assim como utilizar-se de seus órgãos para transportar objetos.

A quarta forma, é a violência patrimonial, esta relacionada à conduta do agente que venha atingir o patrimônio da mulher agredida.

E quinto tipo, refere-se à violência moral, que esta relacionada calúnia, difamação ou injúria.

E, com precisão, Dias (2008: 104), ressalta que:“Essa espécie de violência não estava contida na legislação prática, uma vez que foi incorporada ao conceito de violência contra a mulher na Convenção Belém do Pará” (BRASIL, 2006)

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade humana tem como uma de suas origens o Cristianismo e refere-se ao "respeito ao próximo". É o valor e princípio subjacente ao grande mandamento. O princípio possui dois grandes pontos de ideia:

a) Uma pessoa deve agir como se a máxima de sua conduta pudesse transforma-se em uma lei universal;

b) Cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto não permite equivalente, então é dignidade (...)" (KANT, 2004).

Ou seja, as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade. Ser é muito mais do que ter, na concepção do referido autor.

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurada a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigma que se encerrou e a luta do século por sua afirmação, um símbolo dos do novo tempo. (BARROSO, 2009, p.)

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, a despeito da persistência de violação cotidiana ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça (Barroso, 2009, p.20)

A Constituição Federal de 1988 tem como base a dignidade da pessoa humana e estabeleceu que em todas as políticas públicas a serem inauguradas, a importância da pessoa humana deverá nortear tais medidas. E ainda, no seu art. 5º, inciso X, afirma que a inviolabilidade do direito à intimidade, à vida, à honra e a

imagem da pessoa assegurado o direito de indenização pela violação.

Com efeito, os direitos fundamentais são fundantes do pacto social. Ou seja, sem os quais não se instaura o Estado Democrático de Direito.

Ingo Wolfgang Sarlet explica:

É justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreada em importância talvez apenas com a vida - e mesmo esta há de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que nos remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação (e, por conseguinte, também de uma hierarquização) de bens. (GIORGIS, 2002, p.)

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional. É um valor supremo e acompanha o homem até a sua morte, por ser da essência da sua natureza humana. A dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo a norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser espiritual que aspira determina-se e desenvolver-se em liberdade. (Giorgis, 2002, p.128).

Em sociedade moderna, ainda nos deparamos com muitos conflitos oriundos, na maioria das vezes, de alguma espécie de discriminação, seja ela por ideias religiosas, por cor, sexo e orientação sexual. E, é exatamente, neste ponto que o Estado Democrático de Direito, na sua atuação, se torna extremamente importante, para priorizar e fazer valer, até pela coerção existente no próprio sistema, a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Desse modo, o fundamental direito humano à constituição de uma família fundada no modelo que melhor atenda aos desejos e as necessidades é um Direito Fundamental de personalidade, íntimo, soberano e não é dado ao Estado a função de estatuir de modo diverso, afrontando o pacto social (Rosseau, 1989, p.14).

3.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Aristóteles vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça relativa, que dá a cada um o que é seu, e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, tratando-se de uma justiça e de uma igualdade formais. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, com o escopo de se ajustarem as concepções formais e materiais ou reais. A Constituição Federal de 1988 procura aproximar estes dois tipos de isonomia, uma vez que não se limitara ao enunciado de igualdade perante a lei, mencionando, também noções de qualquer natureza. (Silva, 2000, p.216)

De acordo com autor, este princípio não deve ser entendido no sentido individualista, deve-se levar em consideração as diferenças entre grupos. Isso porque, ainda de acordo com referido autor, quando se diz que a lei não pode fazer distinções, isso não significa que a lei deva tratar a todos abstratamente igual, uma vez que tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos considerados pela norma (Silva, 2000, p.221).

O alcance do Princípio da Igualdade abrange três aspectos: A igualdade de todos perante o Direito; a obrigatória uniformização de tratamento dos casos iguais e a proibição das discriminações. Com relação, a este último a Lei deve fazer as distinções entre as pessoas, desigualando-as, aparentemente, a fim de igualá-las segundo as diversidades de situações. A lei deve considerar a diversidade de condições e circunstâncias. (Ferreira Filho, 1999, p.29)

A professora Carmem Lúcia (1990, p.43) afirma que à função jurídico constitucional há que se impor a função social do Princípio da Igualdade com o fim de, ao fazer acoplamento das duas, fazer-se a justiça material socialmente pretendida (Rocha, 1990, p.44).

3.3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

A razoabilidade surgiu, nos Estados Unidos, como princípio constitucional que servia de parâmetros para o controle de constitucionalidade, na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do Direito administrativo, funcionando como limitação à discriminação. Neste contexto, nasce

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade no Brasil, que é entendido como produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos, acima descritos, quais sejam, da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, e do, princípio da proporcionalidade do direito alemão (Barroso, 2009,pg.255).

Quando uma norma jurídica é produzida, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, se destinando à realização de fins determinados a serem atingidos. Desta forma, fatores como: motivos, os fins e os meios, estão invariavelmente presentes para a criação do Direito (Barroso, 2009, p. 259).

A doutrina alemã decompõe em três subprincípios, o princípio da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade. Estes são, segundo Barroso, elementos da razoabilidade do ato. Ainda, segundo o autor, além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido a ideia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos, de um lado a necessidade da medida e, do outro, proporcionalidade entre o ônus impostos e benefício trazidos.

No dizer de Humberto Bergmann Ávila:

(...) Pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados (...)"
(<http://jus.com.br/revista/texto/6198/i>)

Sergio Gilberto Porto esclarece:

O princípio da proporcionalidade [31] (ou da razoabilidade, como prefere o direito norte-americano; ou da proibição de excesso como também é denominado pelos alemães) [32] tem aplicação na aferição da constitucionalidade das leis, quando nos deparamos com a colisão de direitos e garantias constitucionais. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado (<http://jus.com.br/revista/texto/6198>).

Desta forma, entende-se por este princípio, que várias possibilidades de interpretação pode ser dada as normas constitucionais, de acordo com as particularidades do caso comento.

No capítulo seguinte, utilizando-se como base os princípios constitucionais aqui discutidos, abordaremos o papel do afeto como formador de família, os avanços jurisprudências sobre o caso e sobre a Lei Maria da Penha em face dos casais homoafetivos.

4 A LEI MARIA DA PENHA E A HOMOAFETIVIDADE

4.1 O AFETO COMO FORMADOR DE FAMÍLIA

A sociedade evoluiu, as relações familiares possuem outras características, e não poderia ser diferente, novos dispositivos legais foram aplicados ao Direito de Família.

O homem, agora, não é mais o único mantenedor da família. Em alguns casos, ele nem faz mais parte do seio familiar. Esse desenrolar histórico vem se desfazendo ou fazendo-se, desde a criação do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, em que a mulher conseguiu a possibilidade de cuidar dos bens adquiridos com a renda do seu trabalho, e da possibilidade de dissolução do casamento, em 1977, que mudou o formato hierárquico da família e deu lugar a uma democratização, onde as relações familiares passaram a ser regidas pela igualdade e respeito mútuo, valorizando a afetividade como base do Direito de Família.

Na sociedade atual, o modelo de família formada por muitos membros foi perdendo força com o passar dos anos, seja pela abertura legislativa, seja porque os núcleos familiares passaram a valorizar um fator imprescindível para sua formação: o afeto, que encontrou abrigo constitucional, não sendo mais fato apenas sociológico ou psicológico.

A família do novo século faz-se apresentar sob as modalidades de expressão do amor, traduzidas no respeito, dignidade e honra de cada um por si e por todos os membros, e esta nasce da convivência entre as pessoas e reciprocidade dos sentimentos, não podendo o legislador impô-la ou criá-la como regra erga omnes.

Nesse diapasão, Marcos Colares (2001), aduz:

Creio que há algo de novo no Direito da Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual. Porém, tudo será em vão sem a assunção pela sociedade – enquanto Estado, comunidade acadêmica, organizações não governamentais – de uma postura responsável em relação à família – lato sensu. Transformando o texto da Constituição Federal em letra viva.

Hoje, sabe-se que é através do afeto, do amor e da afeição que as pessoas se escolhem, se unem e desenvolvem seus projetos de vida em comum. As pessoas

adquiriram uma consciência de liberdade, reorganizando suas vidas, desfazendo-se de casamentos infelizes e fracassados, muitos conservados pela aparência. Passaram a viver relacionamentos de forma verdadeira, sem interferência do Estado na vida particular, contudo com a proteção deste ao cuidar da família afetiva como entidade digna de tutela.

"Amplamente é o aspecto do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal." (DIAS, 2006)

O afeto foi, sem dúvida, o grande elemento diferencial no conceito de entidade familiar moderna. Foi o responsável pela mudança de paradigma no âmbito do direito de família. Não são mais as imposições legais ou sociais que mantêm a família.

4.2 UNIÃO HOMOAFETIVA UMA ENTIDADE FAMILIAR

Considerando os princípios que unem a entidade familiar e a sociedade, percebe-se que a união homoafetiva é uma nova forma de entidade familiar, uma vez que o caput, do art. 226 da Constituição Federal, não especifica um tipo único de entidade familiar.

Art. 226, caput, da CF:

"A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." (MECUM, 2012, p.72).

Diante desse dispositivo, não se pode admitir qualquer tipo de exclusão, de uma entidade que seja formada através da objetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Neste sentido, Dias (2006), fala que:

(...) a norma contida no art. 226 de nossa Carta Magna é uma cláusula geral de inclusão e que um relacionamento, embora entre pessoas do mesmo sexo, atende aos requisitos de objetividade, estabilidade e ostensibilidade, deve ser reconhecido como entidade familiar, merecendo, assim, o amparo legal e a proteção do Estado. E continua: "Como cabe ao direito regular a vida, sendo ela uma eterna busca da felicidade, impossível não reconhecer que o objeto é um valor jurídico merecedor de tutela (...)

E continua:

“(…) Como cabe ao direito regular a vida, sendo ela uma eterna busca da felicidade, impossível não reconhecer que o objeto é uma valor jurídico merecedor de tutela (…).” (DIAS, 2006)

Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se conceder os mesmos direitos e obrigações a todos os vínculos de afeto, que tenham tais características.

Nesse sentido, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, prescreve que, nos casos de omissão da Lei, o juiz decidirá de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais de direitos, e é o que vem ocorrendo no cenário brasileiro, com relação às uniões homoafetiva, e que é necessário para este capítulo, apresentar os avanços nas jurisprudências, no entanto, deve-se ressaltar, que atualmente, de acordo com a decisão do STF, as uniões homoafetiva são reconhecidas como entidade familiar.

4.3 AVANÇOS JURISPRUDENCIAIS

Maria Berenice Dias, no seu artigo sobre, a família homoafetiva e seus direitos, fala que o fato de não haver previsão legal para o casamento homoafetivo, não significa afirmar uma inexistência de direito à tutela jurídica. Segundo a autora a ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Ainda segundo a autora, na presença de vazios legais, a plenitude do reconhecimento de direitos deve ser implementada pelo juiz, que não pode negar proteção jurídica nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei. Precisa assumir sua função criadora do direito. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não devem levar também o juiz a calar.

Como exemplos positivos, a jurista, cita a Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões

homoafetivas, acabou por inseri-las no âmbito do Direito de Família como entidade familiar.

Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido.

É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpido na constituição federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nossos país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida (TJRS, Apelação Cível nº. 598362655, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Jose Atai des Siqueira Trindade, j. em 01/03/2000).

Relações homossexuais. Competência da vara de família para julgamento de separação em sociedade de fato. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, e das varas de família, conforme precedentes desta câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a constituição federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto à opção sexual, sendo incabível, assim, quanto à sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido (TJRS, CCO nº.70000992156, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Jose Atai des Siqueira Trindade, j. em 29/06/2000).

E, finalmente:

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. inelegibilidade. art. 14, § 7º, da constituição federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, 3313 da Constituição Federal. (TSE, REsp Eleitoral 24564/Viceu-PA, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 01.10.04). (TJRS, 2000, p.)

Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência rio-grandense.

Outro exemplo, citado pela autora, foi à decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo. Essa decisão, relembra Dias, retirou o "vínculo afetivo" homossexual do Direito das Obrigações, deixando de ser visto

como simples negócio, como se o relacionamento tivesse objetivo exclusivamente comercial e fins meramente lucrativos. Conclui a autora, que pela primeira vez, a Justiça emprestou relevância ao afeto, elegendo um elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas.

Há de fazer referencia, também, ao recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que por decisão unânime, reconheceu o direito à adoção a um casal formado de pessoas do mesmo sexo. A decisão selou de vez o reconhecimento de que a divergência de sexo é indiferente para a configuração de uma família.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (TJRS, Apelação 70013801592/RS, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Luis Filipe Brasil Santos, j.05/04/2006). (TJRS, 2000, p.)

A autora conclui a sua fala dizendo que: "A Justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça". (DIAS, 2006)

Foi basicamente, fundamentado nos princípios: da pluralidade das formas de famílias e a afetividade como núcleo formador da família que recentemente, o STF, julgando duas ações de controle de constitucionalidade (ADI) nº 4277, em decisão unânime, deu interpretação conforme a Constituição, ao art. 1723 do CC vigente, para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a união estável heteroafetiva.

As ações, acima citadas pediam que a união estável homossexual fosse

reconhecida judicialmente e que os casais homossexuais pudessem ser considerados como entidade familiar. Com o resultado da votação, os casais homossexuais passam a ter direitos, como herança, inscrição do parceiro na Previdência Social e em planos de saúde, impenhorabilidade da residência do casal, pensão alimentícia e divisão de bens, entre outros.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art.

226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

E, a união estável segundo Gonçalves, constitui-se em:

A União Estável se constitui em pressupostos objetivos e subjetivos. Os objetivos fundamentam-se em3:

- a) Diversidade de sexo (união entre homem e mulher, excluindo, a princípio, a união homoafetiva);
- b) A notoriedade, isto é, o casal se apresenta aos olhos da sociedade como se família fosse. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros "o papel passado";
- c) Estabilidade ou duração prolongada, isto quer dizer que a relação entre as partes deve se perdurar no tempo, com o afã de constituir família;
- d) Continuidade, isto é, sem interrupções, que está intimamente ligada à estabilidade e duração prolongada.
- e) Inexistência de impedimentos matrimoniais, quais sejam, os impedimentos presentes no artigo 1.521 do Código Civil, que limitam a legitimidade para criar uma entidade familiar.
- f) Relação monogâmica, ou seja, não se admite que pessoa casada, não separada de fato ou judicialmente, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável.

Os pressupostos subjetivos apresentam-se em duas espécies:

- a) Convivência more uxório que se estabelece na comunhão plena de vida, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Em suma, envolve a mútua assistência

material, moral, espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, a atenção, relação afetiva com aparência de casamento.

b) *Affectio maritalis*, que nada mais é o ânimo ou objetivo de constituir uma família, mas não uma aspiração futura. Exige-se a manutenção de um lar, de uma vida em comum, mesmo que não coabitem no mesmo teto, com frequência conjunta a eventos familiares, civis, a dependência econômica. Logo, o ânimo de constituir família já deve estar em exercício. (GONÇALVES, 2007, p 544-545)

Para disciplinar os efeitos da união, o casal pode fazê-lo através de um “contrato de conveniência”, seja por documento particular ou por escritura pública, ambos lavrados em Cartório de Notas. Existe ainda, a possibilidade de que isso seja homologada perante o Poder Judiciário, na Vara da Família.

A conversão da união estável em casamento também pode ser requerida, mas vai depender do entendimento pontual do tribunal, já que, apesar da Lei Civil prever que a conversão de união estável em casamento, o casamento civil ainda não foi reconhecido aos casais homoafetivo.

No entanto, já existem decisões que conferem o direito ao matrimônio a casais homoafetivo, em alguns Estados brasileiros. Como exemplo positivo, pode-se citar o primeiro casamento comunitário homoafetivo do Estado do Pará, assim a cerimônia realizada pelo Juiz, Dr. José Antonio Ferreira.

O evento foi promovido pela DPE com parceria da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos (Seduj) e a Prefeitura Municipal de Marituba/Pa.

Vejamos, trecho do discurso proferido no casamento coletivo, realizado em de 28 de julho de 2012 – Metropolitana Tower – Belém/Pa, pelo Defensor Público do Estado do Pará, Sergio Sales Lima:

(...) A ideia de casal não nasce com a assinatura de um documento. O papel e a caneta apenas concordam – e provavelmente se sentem honrados – em selar tudo o que foi vivido até aqui e o muito que ainda será. Porque há algo superior ao “sim” que vocês dirão. E é algo que somente vocês conhecem, aceitam e fazem questão de que todos saibam o que é. E não se preocupem: por mais difícil que seja colocar esse sentimento em palavras, no momento em que vocês disserem aquele “sim”, todos nós entenderemos (...)” (LIMA, 2011).

Diante do reconhecimento das uniões homoafetiva como entidade familiar , faz-se necessário analisar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, aos casos de violência domestica, nesta unidade familiar.

4.4 LEI MARIA DA PENHA E OS CASAIS HOMOAFETIVOS

O princípio da isonomia ou da igualdade trazida por Aristóteles e, posteriormente por Rui Barbosa, que preceitua que se deve tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdade, também encontra amparo, de forma expressa, na Carta Magna.

Portanto, o que se depreende da referida norma legislativa, é que não se pode distinguir uma pessoa da outra, somente por causa da sua opção sexual, tão pouco, restringir seus direitos porque a mesma é homossexual, sem que haja justificativa para tanto.

Um grande avanço neste sentido se deu no âmbito legislativo, sobre tudo na esfera infraconstitucional, com a criação da Lei Maria da Penha, pois a mesma faz referência expressa às famílias homossexuais, conforme estabelece o seu art. 2º que diz:

Artigo 2º - Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, (...), goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, proibindo discriminação por orientação sexual" (BRASIL, 2006, p.).

Maria Berenice Dias afirma que:

No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. No entanto, a lei não se limita a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher, independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior. Como a proteção é assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidade familiar. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família. (DIAS, 2011)

Neste sentido, pela expressão legal contida caput da Lei 11.340/06, descrita abaixo, se faz necessário reconhecer que as uniões homoafetiva, que configuram uma nova forma de entidade familiar, independentemente do sexo dos seus parceiros, pode invocar, através do princípio constitucional da igualdade, da

isonomia e, ainda, o princípio da proporcionalidade, os efeitos desta Lei.

Pois o Art. 5º diz que:

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

I – [...]

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

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

Parágrafo único. 'As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.' (BRASIL, 2006, p.5).

Desta forma, como fica assegurada a proteção legal dos fatos que ocorrem no ambiente doméstico, entende-se que as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que formam unidade familiar, também estão protegidas por esta lei.

No inciso III, do art. 5º, a Lei em comento define família como qualquer relação de afeto, portanto fica evidente, que a união entre pessoas do mesmo sexo constitui laços afetivos, logo, constitui uma família, e ainda que a lei vise proteger especialmente a mulher, esta renovou com o conceito família, independente de sexo.

Desta forma, como fica assegurada a proteção legal dos fatos que ocorre no ambiente doméstico, significa dizer que as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que formam unidade familiar, também estão protegidas por esta lei. No inciso III, do art. 5º, a Lei em comento define família como qualquer relação de afeto, portanto fica evidente, que a união entre pessoas do mesmo sexo constitui laços afetivos, logo, constitui uma família, e ainda que a lei vise proteger especialmente a mulher, esta renovou com o conceito família, independente de sexo. (DIAS, 2011)

E os dispositivos acima citados, ainda encontra amparo nos artigos, 226, caput, e § 8º, da CF, vejamos: "Art. 226 [...] §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." (BRASIL, 2009)

Maria Berenice Dias, explica que:

(...) no momento em que as uniões de pessoas do mesmo sexo

estão sob a tutela da lei que visa combater a violência doméstica, isso significa, inquestionavelmente que são reconhecidos como uma família, estando sob o égide do Direito da família(...) (DIAS, 2011, p.2).

Afinal, a família é a base da sociedade, deve pois o Estado dar especial proteção, cuidando, criando mecanismos que possam, eficazmente, coibir a violência dentro da esfera familiar.

De acordo com Dias (2011, p.1) Avanço é expresso e coloca um ponto final na discussão entre os tribunais e a doutrina.

Podemos usar como exemplo, o recente julgado proferido pelo o juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, que aplicou a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), a um caso de lesão corporal envolvendo um casal homossexual. Na decisão, o juiz concedeu a liberdade provisória ao réu, sem o pagamento de fiança, mediante termo de compromisso, segundo o qual ele deverá manter uma distância de 250 metros do seu companheiro.

Vejamos, a decisão:

Diante do exposto, concedo LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA SEM FIANÇA AO RÉU, mediante termo de compromisso. De igual forma, DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR, fundamentada no apontado Poder Geral de Cautela, para aplicar o artigo 22, III, 'a', da apontada Lei 11340/06(LEI MARIA DA PENHA), consistente na proibição de que o réu se aproxime da vítima e de eventuais testemunhas, de modo que ele deverá manter uma distância mínima de 250(duzentos e cinqüenta metros) do ofendido e das testemunhas arroladas pelo Ministério Público.Expeça-se, pois, alvará de soltura, oportunidade na qual o acusado será citado e posto em liberdade. Ao mesmo tempo, deverá ser expedido mandado de cumprimento da medida cautelar, da qual terá ciência o réu no momento em que for solto.Defiro cota ministerial. Venha, também, a Folha de Antecedentes Criminais do acusado, devidamente atualizada.(TJRS, 1, 11ª câmara criminal Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 27/02/2013).

Entende-se, portanto, que as uniões homoafetivas, que são constituídas por vontade expressa, estão abarcadas pela lei Maria da Penha. Tal conclusão decorre de 02 motivos, quais sejam:

O primeiro decorre do art. 4º da LIDB que especifica que na falta de uma Lei, o Juiz pode valer-se de analogia, costumes e tradições, para resolver o conflito, conforme entendimento de Maria Berenice Dias.

O segundo decorre do Princípio da Dignidade Humano que preceitua

queninguém pode ser privado de ter uma vida digna, e que todas as políticas públicas devem ser inauguradas levando em consideração a importância do ser humano. A dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, objetivando a promoção de todos e erradicação de toda e qualquer forma de preconceito.

Seja, ainda, invocando o Princípio da Isonomia que preceitua que se devem tratar iguais como iguais e os desiguais na medida de sua desigualdade e o Princípio da Proporcionalidade que afirma que o Estado deve atuar em face de circunstâncias concretas.

CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil, após várias transformações históricas e sociais, constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujo um de seus fundamentos é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da CF/88), devendo, portanto, garanti-la e efetivá-la, principalmente através de políticas públicas.

Portanto, a função social do Estado brasileiro é a de respeitar a diferença, promover a tolerância e contribuir para superação de qualquer forma de discriminação. Fechar os olhos, e simplesmente ignorar que as relações homoafetivas existem e sempre existiram é, no mínimo, desrespeitoso, para não falar cruel.

O mundo, as relações interpessoais, a maneira de ser, de entender as uniões afetivas, a concepção de família, mudou. E, junto às essas mudanças associam-se uma série de problemas e discussões, na qual o Estado, não pode simplesmente os ignorar, alegando ausência da lei.

A falta de previsão legal específica não pode servir de justificativa para negar a existência do direito a quem é merecedor, ou simplesmente negar a aplicação da lei, na defesa de sujeitos por causa de sua opção sexual, a sua raça ou a cor.

Principalmente, quando o cerne da discussão está voltada a questão da violência doméstica, um mal que aflige a toda a humanidade.

Neste contexto, o Brasil, teve avanços significativos com advento da Lei 11.340/06, que em seu paragrafo 5º, concedeu à proteção legal as vítimas de violências domésticas, independem da sua opção sexual, proporcionando um avanço no Direito Civil e Penal, em consonância com a doutrina e jurisprudências.

Desta forma, percebe-se que tanto as relações tradicionais, como todas as novas formas de entidade familiar, necessitam da tutela jurídica, e o papel do Estado é proteger a família, e não renega-las a marginalidade, promovendo o bem de todos, protegendo os direitos humanos, criando possibilidades de uma vida digna para todos os cidadãos.

Para tanto, cabe a esse Estado, promover políticas públicas que incentive a educação e a valorização das pessoas, não pela sua opção sexual, cor ou raça, mais pela sua condição de ser “humano”, de “pessoa”, que possui sentimentos e sonhos.

Deve educar o seu povo, estimular a convivência, o respeito mútuo, e o amor ao próximo, através de uma educação libertadora e responsável, que ensine a amar e não punir.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Carmem Lucia. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. 1. ed. Belo Horizonte: Jurídico Lê, 1990. 200p.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas Iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em:

BIANCHINI, Alice. **A luta por direitos mulheres**. Disponível em <http://siaibib01.univali.br>, n.1, p.8, 2009. > acesso em: 05/11/2012.

BRASIL. Lei n.11.340, 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha: Lei n.11.340 de agosto de 2006**, que dispõe sobre mecanismo para coibir violência doméstica e familiar contra mulher. – Brasília: Camara dos Deputados, coordenação de publicação, 2007.

COLARES, Marcos. **O que há de novo no Direito de Família?** Jus Navigandi, Terezina ano 6, n.51, p.6, 2001.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Da constitucionalidade da Lei Maria da Penha e da necessidade de sua implementação**. Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso, Cuiabá: entrelinhas, v.3,n.4, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/35_-_viol%EAncia_dom%EAstica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 25 out. 2010.

_____. **União Homoafetiva: O preconceito & a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. 299 p.

_____. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.310/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. 284 p.

_____. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao3/Homoafetividade%20e%20o%20direito%20à%20diferença%20-%20berenice.pdf>>. Acesso em: 04/12/2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

GALIZA, Danuza Ferreira De. **O Feminismo através dos Tempos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3781/1/Mulher-O-Feminino-Atraves-Dos-Tempos/pagina1.html>>. Acesso em: 07/12/2012.

GIORGIS, J. C. T. Sarlet. **A natureza jurídica da relação homoerótica, III Congresso Brasileiro de direito de família**, n.1, p.128, 2002.

GROSSI, Miriam Pillar. **Novas/Velhas Violências contra a mulher no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/08112009-113921grossi.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2010.

_____. **Identidade de gênero e Sexualidade**. Disponível em: <http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade_genero_revisado.pdf>. Acesso em: 10/12/2012.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Revista do advogados**, São Paulo, n.62, p.16-24, 2001.

IMMANUEL, Kante. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, In: Os Pensadores: Tradução de Paulo Quintela, 2004. 70p.

LÔBO, Paulo Lobo. **Revista Brasileira de Família**, Porto Alegre, n.12, p.12, 2002.

MECUM, V. **Vade Mecum**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. P.1893.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas / Guilherme de Souza Nucci**. – 6. ed. ver., reform. e atual. – São Paulo: Editora Revista da Tribunais, 2012. – (volume 1).

ROSSEAU, J. J. **O contrato Social**: Tradução de Antonio Pádua Danesi, São Paulo: Martins Fontes, n.1, p.14, 1989.

SILVA, José Afonso Da. **Direito de igualdade**. In: SILVA, José Afonso Da. Curso de Direito Constitucional Positivo.33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. 3, p. 211-229.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel Da. *Sujeitos do crime de gênero na Lei 11.340/06: Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12937/12501>>. Acesso em: 13 out. 2010.

SILVA, Tiago Ferreira Da. **Período neolítico**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/pre-historia/periodo-neolitico/>>. Acesso em: 20/11/2012

SILVA, Patrícia Barboza Da. **A Situação da mulher na Idade Média**. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/historia/a-situacao-da-mulher-na-idade-media>>. Acesso em: 20/11/2012.

SILVA, Ricardo José De Medeiros E. **A Lei Maria da Pena e a União Homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=413>>. Acesso em: 20/11/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação. União Homossexual. Reconhecimento de União Estável*. Apelação Cível nº 70035804772. Relator: Rui Portanova. Acórdão, 10 Jun.2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 20/11/2012

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Processual Penal. Lei Maria da Pena. Violência doméstica. Sujeito Passivo. Criança. Aplicabilidade da Lei. Competência da Justiça comum*. Rec. em Sentido Estrito 1.0145.07.414517-1/001. Rel. Des Antônio Carlos Cruvinel. Acórdão, 20/11/2012. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0145&ano=07&txt_processo>

VIEIRA, Marcelo Paulo et al. **Visões sobre a mulher na Idade Moderna**. Disponível em: <<http://biuvicente.blogspot.com/2006/09/vises-sobre-mulher-na-idade-moderna.html>>. Acesso em: 20/11/2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; GIMENES, Amanda Pegorini. **A mulher e a LEI Maria da Pena**. Revista Consulex, Brasília, n. 268, p.16-20, 15 mar. 2008. Ano Xii.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **União Civil entre pessoas do mesmo sexo: Família Homoafetiva**. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/327/271>>. Acesso em: 20/12/2012.

Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6198>> Acesso em: 15 mar. 2013