



## A LEI MARIA DA PENHA E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Eduardo Ritt<sup>1</sup>

Sabrina Netto Gomes<sup>2</sup>

### RESUMO:

O presente estudo pretende averiguar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de família homoafetiva, levando-se em consideração que o objetivo da Lei 11.340 de 2006 foi erradicar todas as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, tendo em vista que a chamada Lei Maria da Penha também inovou ao deixar sob sua égide, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a família homoafetiva, incorporando assim, também, as vítimas de violência doméstica independentemente da orientação sexual.

**Palavras-chave:** Homossexualidade. Lei Maria da Penha. Violência Doméstica.

### ABSTRACT:

The present study aims to investigate the possibility of applying the Maria da Penha Law to cases of same-sex family, considering that the aim of the law 11,340 of 2006 was to eradicate all forms of domestic and family violence against women victims of domestic violence and family, since named Maria da Penha Law also innovated to leave under his aegis for the first time in the Brazilian legal system, the same-sex family, incorporating as well, too, victims of domestic violence regardless

---

<sup>1</sup> Eduardo Ritt é Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito e nas Especializações (presencial e EAD) em Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Promotor de Justiça Criminal no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Autor do livro O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional, publicado pela Livraria do Advogado. Coautor do Livro Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais, editado pela Livraria do Advogado. Email: eduardoritt@mp.rs.gov.br

<sup>2</sup> Sabrina Netto Gomes é graduanda do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista do projeto de extensão de Combate à Violência Doméstica: Direitos e garantias legais da mulher agredida, sob a orientação do professor Mestre Eduardo Ritt e desenvolve pesquisas no âmbito das patologias corruptivas com enfoque na Lei 12.846/13 sob a orientação da professora doutoranda Caroline Fockink Ritt. Email: sabrianettogomes@hotmail.com



of sexual orientation.

**Key words:** Domestic violence. Homosexuality. Maria da Penha Law.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo deste artigo é verificar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha associada às relações homoafetivas.

Sabe-se que a Lei Maria da Penha criou mecanismos que visam erradicar qualquer forma de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, assegurando a elas, facilidades e oportunidades para viver sem violência física, psicológica, sexual, moral ou patrimonial.

Com o advento da Lei Maria da Penha, pela primeira vez, um novo conceito de família ficou expresso: a família homoafetiva. A doutrina vibrou com a novidade, pois, anterior a ela, não havia, nem mesmo na nossa Constituição, nenhuma previsão legal dando amparo às famílias formadas por casais do mesmo sexo. Proporcionou-se, então, a Lei Maria da Penha que não só fornece proteção integral às mulheres vítimas de violência doméstica, mas também às famílias homoafetivas.

Não obstante a previsão legal, ainda hoje, há disparidade quanto à aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência previstas na Lei Maria da Penha aos casais do mesmo sexo.

Diante disso, a questão a ser analisada é se as disposições da chamada Lei Maria da Penha podem ser aplicadas, também, à violência doméstica e familiar no ambiente homoafetivo, levando-se em consideração um novo conceito de família trazida pela própria Lei.

### 1. LEI MARIA DA PENHA

Com o avanço da violência de gênero ao longo dos tempos e a tamanha omissão do legislador, ficou evidente a necessidade da criação de novos mecanismos para combater a mais cruel violência de todas: a violência doméstica.

A violência contra a mulher não é um fenômeno recente. E também não é à toa que a Lei de combate à violência doméstica carrega o nome de uma mulher:



Maria da Penha Maia Fernandes. Vítima de seu marido, dentro do seu próprio lar, carrega consigo o fim de uma história de omissão.

Em 2006, com o advento da Lei Maria da Penha, novos mecanismos de prevenção contra a violência doméstica e familiar contra a mulher foram criados. O que antes não existia no ordenamento jurídico brasileiro surge como proposta para erradicar a violência que há anos vinha assombrando a sociedade.

Deixou claro o seu objetivo logo de início: erradicar todas as formas de violência doméstica; criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e, ainda, estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Inovou em relação aos casais homossexuais, pois estampou em seu artigo 2º um novo conceito de família ao referir que “toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. Além disso, no parágrafo único do artigo 5.º do diploma legal, é reforçado que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica. (DIAS, 2007).

Preocupou-se o legislador, no artigo 7.º da Lei, em especificar quais são as formas de violência doméstica, definindo-as como: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Dispõe sobre os procedimentos para quando a autoridade policial e o Ministério Público tiverem conhecimento da prática de violência doméstica contra a mulher, conforme expresso nos artigos 18, III e artigo 19 e §3.º da referida Lei. (DIAS, 2007).

Além disso, a Lei também estabeleceu no seu Capítulo II que a mulher que for vítima de violência doméstica poderá contar com medidas de assistência e de proteção, o que antes não era previsto legalmente no ordenamento jurídico brasileiro. “Trata-se de medidas inéditas, que são positivas e mereceriam, inclusive, extensão ao processo penal comum, cuja vítima não fosse somente mulher”. (NUCCI, 2009, p. 1181).

Em relação ao Juiz, não cabe adotar apenas as medidas requeridas pela vítima (LMP 12 III, 18, 19 E § 3.º) ou pelo Ministério Público (LMP 19 e §3.º). Ele



também possui a faculdade de agir de ofício (LMP 20, 22 §4.º, 23 e 24). Assim, pode determinar o afastamento do agressor (LMP 22 II) e a recondução da ofendida e de seus dependentes ao lar (LMP 23 II); impedir que ele se aproxime da casa; impor limite mínimo de distância; vedar que se comunique com a família; suspender visitas; encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros; fixar alimentos provisórios ou provisionais (LMP 22). (DIAS, 2011).

Quanto à competência para julgar os crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo os rotulados como de menor potencial ofensivo, foi definitivamente afastada a competência dos Juizados Especiais Criminais e transferida para os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabelecido pela Lei Maria da Penha em seu artigo 1º. (DIAS, 2007).

No que tange às alterações levadas a efeito com o advento da Lei Maria da Penha, coube ao legislador alterar alguns dispositivos existentes do Código Penal, (uma nova agravante e majorante) do Código de Processo Penal (nova possibilidade de prisão preventiva) e da Lei de Execução Penal.

A violência doméstica ainda é uma constante dentro da sociedade. Há que se reconhecer a necessidade da Lei Maria da Penha e não há como apagar a história de omissão do Brasil nos casos de violência doméstica. Creio que essa omissão tenha se agravado com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), pois trouxe o conceito dos delitos de menor lesividade, ocasionando um grave retrocesso do combate à violência contra a mulher. Livrou o agressor de uma punição mais severa, proporcionou acordos e devolveu as vítimas, mais uma vez, nas mãos de seus agressores.

Além de proporcionar um avanço no combate à violência de gênero, a Lei Maria da Penha trouxe à tona a questão da homossexualidade. Pela primeira vez uma lei preocupou-se com a relação íntima de afeto entre duas pessoas, sejam elas do mesmo sexo ou não. Alargou sua proteção às famílias homoafetivas de modo expreso ao fazer referência à orientação sexual da mulher.

Desse modo e, levando-se em consideração o que dispõe a Lei, iremos abordar a partir do próximo capítulo, a aplicabilidade da Lei Maria da Penha em casais homossexuais, sejam eles compostos por duas mulheres ou quando a vítima é a travesti ou a transexual, pois, embora a Lei traga expressa tal possibilidade,



ainda há discordância de opiniões dentro da doutrina e da jurisprudência.

## **2. A LEI MARIA DA PENHA E AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS**

### **2.1 Um olhar no tempo**

Questões que envolvam a sexualidade sempre foram e ainda são de imensa repercussão. Os chamados desvios sexuais, tidos como afronta à moral e aos bons costumes, permanecem alvos da mais profunda rejeição.

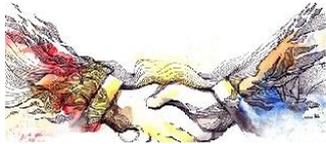
Embora a sociedade não aceite a diversidade das uniões sem conflitos e persistam em criar objeções morais e alimentar posturas discriminatórias, fechar os olhos não faz desaparecer a realidade. (DIAS, 2014).

Talvez o maior problema seja a sacralização das famílias por serem associadas a um conceito moral de casamento e filhos, supondo sempre a relação de casais heterossexuais. Desse modo, é claro que o diferente passa a ser incômodo. Há certa desconfiança em relação ao incomum, o que acrescenta dada força visceral à crença de que a verdade está implícita no sentimento da maioria. (DIAS, 2014).

Como carro chefe do preconceito, vêm as religiões, apesar de que, na história, constem registros de que a homossexualidade sempre foi permitida. Nos templos de Fenícia, Mesopotâmia, Egito e Índia, o ato sexual fazia parte do culto religioso praticado com os homens que eram devotos. Os deuses e deusas das religiões politeístas tinham relações sexuais com ambos os sexos. (DIAS, 2014).

Até a Proclamação da República o cristianismo era a religião oficial do Brasil, o que por consequência, trouxe maior influência cultural e social à Igreja Católica, afastando assim, as demais religiões. Para a doutrina Católica, só as relações heterossexuais dentro do matrimônio são aprovadas, sendo inaceitável e imoral a homossexualidade. (DIAS, 2014).

Com o distanciamento do laço estatal e da igreja, após a Constituição Federal de 1988 que consagrou o princípio da laicidade, cessou de certa forma, a rigorosa obediência às normas estabelecidas pela igreja. A sociedade passou então a ser menos homofóbica, a valorizar o afeto, e a orientação sexual começou a se



caracterizar como uma opção, e não mais como um ato ilícito. (DIAS, 2014).

A realidade, entretanto, é impiedosa. Ainda hoje, a sociedade tenta controlar a sexualidade, justificando por meios científicos o que não precisa ser justificado, mas ser aceito. O que não se encaixa nos padrões é simplesmente rejeitado pelo fato de ser diferente. Assim, a discussão envolve conceitos de moralidade, imoralidade ou amoralidade sem buscar a identificação de suas origens, sejam elas orgânicas sociais ou comportamentais. (DIAS, 2014).

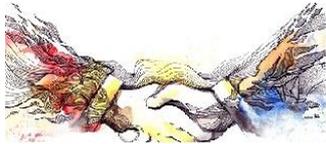
Devemos levar em consideração que a consequência de todo o preconceito do passado não é distante, mas estão no ódio que aflora nas mais diversas classes sociais e que acaba por influenciar a violência contra gays, lésbicas, travestis, transexuais, etc., tornando a homofobia uma constante da sociedade contemporânea. O que não é comum, é estranho, é diferente, é julgado e condenado por uma sociedade que carrega consigo o preconceito há anos. Nesse contexto, Dias (2014) nos faz lembrar-se do *bullyng* nas escolas, do *mobbing* nas relações de trabalho, das agressões físicas e psíquicas para o alarmante e impiedoso número de homicídios. E, assim como deixamos de lado a proteção às mulheres vítimas de violência doméstica por anos, também nos esquecemos das mais diversas formas de união, como a união homoafetiva.

Assim, mais uma vez, obrigou-se o legislador a promover mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Em 2006, com o advento da Lei Maria da Penha, não só promoveu novidades quanto à violência doméstica e familiar contra a mulher, mas inovou ao trazer um novo conceito de família: a família homoafetiva. Mais tarde, em 2011, o STF igualou a união estável heterossexual prevista na Constituição às uniões homoafetivas, o que consequentemente resultou em alterar alguns artigos previstos no Código Civil de 2002.

## **2.2 Família homoafetiva e o Código Civil**

A união homoafetiva foi e ainda é objeto de polêmica no âmbito jurídico. Isso se justifica pelo forte preconceito que ainda segue na nossa cultura atroz, e principalmente, pela ausência de legislações que impõem a igualdade às famílias homoafetivas.

A doutrina e a jurisprudência classificam a união homoafetiva em duas



correntes predominantes dentro do âmbito cível, muito bem abordadas por Tartuce (2015).

A primeira corrente sustenta que a união entre pessoas do mesmo sexo não configuram uma entidade familiar, mas sim uma mera sociedade de fato, considerando que, para a Constituição Federal, para que seja configurada a união estável, se faz necessário haver à diversidade de sexos. Logo, não há direito a alimentos, direito sucessório ou sequer direito à meação patrimonial com base nas regras dos regimes de bens. Nesse caso, a questão patrimonial é resolvida através da súmula 380 do STF, que dispõe que, "comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". (TARTUCE, 2015).

Por outro lado temos a segunda corrente que afirma expressamente que a união homoafetiva é entidade familiar e que deve, sem dúvidas, ser equiparada à união estável. Portanto, há direito a alimentos, direito sucessório e direito à meação, aplicando-se as mesmas regras da união estável. (TARTUCE, 2015).

Além disso, é a corrente consolidada entre os juristas do ramo do Direito de Família, prevalecendo de forma esmagadora entre os que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família, e também entendida por mim a mais coerente. Da mesma maneira, as atuais jurisprudências vêm seguindo esse entendimento. (TARTUCE, 2015).

O legislador sequer se preocupou em mencionar as uniões de casais do mesmo sexo dentro do Código Civil de 2002. Não fez menção nem no Livro de Direito de Famílias nem no de Sucessões. Sequer as inseriu no âmbito do Direito das Obrigações. Apenas em 2011 que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, decidiu pela aplicação, por analogia, a todas as regras que regem a união estável a casais homoafetivos, através do Informativo 635 daquele Tribunal Superior.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação, conforme a Constituição Federal, a fim de excluir qualquer



significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. (2011, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)).

Ainda, em 2013, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a competência para julgar e processar ações que envolvam o reconhecimento da união estável de casais homoafetivos é das Varas de Famílias, porquanto o STF, no julgamento da ADI 4.277/DF, equiparou as uniões homoafetivas com as uniões heterossexuais como legítimo modelo de entidade familiar. (TARTUCE, 2015).

Diante do significativo avanço na legislação, devo concordar com a opinião de Tartuce (2015), que diz que o Supremo Tribunal Federal não rompeu suas esferas de atuação, mas pelo contrário, cumpriu com seu papel democrático, servindo, mais vez, como um contrapeso à inércia do Congresso Nacional Brasileiro. Fica claro que já estava na hora de trazer à tona as uniões homoafetivas, e é vergonhoso que correntes doutrinárias persistam, mesmo após a decisão do STF, em entender como inconstitucional a união homoafetiva.

### **2.3 Um novo tempo**

Assim como aconteceu com a questão da violência praticada contra as mulheres dentro do âmbito doméstico e familiar, o Estado persistiu em não reconhecer a união homoafetiva até pouco tempo atrás. A absoluta omissão do legislador só teve fim com o advento da Lei Maria da Penha, e então, pela primeira vez, uma lei conceituou família como qualquer relação íntima de afeto e, de modo expresso, enlaçou neste conceito as uniões homoafetivas ao referenciar que a mulher, para ser vítima, independe de sua orientação sexual. (DIAS, 2015).

Não bastasse às questões sobre a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, a questão da homossexualidade causou polêmica, tendo em vista que o legislador referenciou pela primeira vez, no âmbito infraconstitucional, as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, reconhecendo finalmente as uniões homoafetivas como entidades familiares. Assim, toda relação de parentesco, de afinidade, de socioafetividade ou de afeto, em eficácia ou rompida, tenha havido ou não coabitação ou prática de relações sexuais, todo e qualquer relacionamento desta natureza estará sob a égide da Lei Maria da Penha. (DIAS, 2015).



Portanto, independentemente da orientação sexual da mulher, a Lei assegurará a proteção tanto para as mulheres vítimas de violência doméstica quanto para as lésbicas, travestis e transexuais com identidade social feminina 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. (DIAS, 2014).

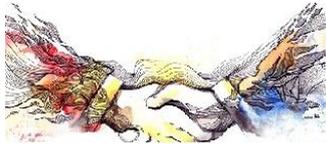
Após inúmeras alterações dentro do ordenamento jurídico que motivaram o fim do preconceito dentro dos Tribunais de todo país, é descabido questionar a natureza familiar dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Desse modo, considerando que a Lei Maria da Penha tem o objetivo de proteger a mulher e, tendo em vista a longa história de discriminação quanto ao homossexualismo, criou-se um novo conceito para a família, tornando-se claro que, para que haja relação no âmbito doméstico, independe da orientação sexual dos parceiros.

#### **2.4 Novo conceito de família**

Tamanhas foram as transformações pelas quais a família passou ao longo dos tempos e as alterações jurídicas que sofreu, que se fez necessário buscar um novo conceito que abrangesse todas as formas de convívio encontradas pelas pessoas para alcançar a felicidade. A visão plural das estruturas familiares levou à inserção dos vínculos afetivos no conceito de entidade familiar por envolver mais sentimento do que vontade. (DIAS, 2015).

A grande inovação que a Lei Maria da Penha proporcionou em relação aos casais homossexuais foi estampar em suas preliminares um novo conceito de família. O artigo 2º da Lei dispõe que “toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. Além disso, no parágrafo único do artigo 5.º do diploma legal, é reforçado que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica. (DIAS, 2007).

Portanto, o novo conceito legal erigido pela Lei insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas, pois, ao afirmar a Lei que está sob o seu abrigo à mulher, sem distinguir sua orientação sexual, assegura proteção tanto às lésbicas como às



travestis e às transexuais com identidade social feminina e que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Nessas situações, qualquer violência contra o gênero feminino justifica especial proteção. (DIAS, 2014).

Destaca-se que, antes mesmo do advento da Lei Maria da Penha, já existiam posicionamentos sobre o assunto, como o de Barros (2002), citado por Cunha, e Pinto (2011, p. 55), que afirma que “o afeto é que conjuga. Apesar de a ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe”.

Mais uma vez, a barreira do preconceito está abaixo. Descabe questionar a natureza dos vínculos das uniões de pessoas do mesmo sexo após a nova definição trazida pela Lei Maria da Penha. Está determinado em Lei. A família homoafetiva está sob a égide da Lei Maria da Penha.

## **2.5 A aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas famílias homoafetivas**

Diversas foram as discussões que a Lei Maria da Penha trouxe dentro da doutrina e da jurisprudência após o seu advento. Talvez, um dos debates mais salientes seja referente à aplicabilidade da Lei Maria da Penha em relação às famílias homoafetivas.

A primeira reflexão é em relação ao sujeito ativo - quem pode ser o agressor nos casos de casais do mesmo sexo? - dos crimes e contravenções cometidos mediante violência doméstica e familiar contra a mulher que advém da leitura do caput do artigo 5º da Lei Maria da Penha.

Apesar de ter entendimento contrário, o legislador não fez nenhuma limitação quanto ao sujeito ativo das infrações penais cometidas contra a mulher mediante violência doméstica e familiar, logo, pode tratar-se tanto de um homem quanto de outra mulher, independente se for um relacionamento homoafetivo. (BASTOS, 2013).

Dias (2015) coloca que, embora inquestionavelmente a Lei vise proteger a vítima da violência de gênero, em face da assimetria das relações domésticas, não há como limitar seu campo de abrangência somente àquela violência perpetrada por um homem contra a sua mulher.



Nesse mesmo sentido, Souza (2008), citado por Bastos (2013), também defende que o principal foco da lei não é a questão de gênero, tendo em vista que o legislador criou mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, não importando o sexo do agressor. De comum acordo, posicionam-se Gomes e Bianchini (2006), citados por Bastos (2013), os quais defendem que o agressor, sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa vinculada à vítima, seja do sexo masculino ou feminino.

Nesse entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já tem se posicionado, conforme segue ementa abaixo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - RELAÇÕES HOMOAFETIVAS - OFENDIDA MULHER - GÊNERO INDEPENDENTE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL - COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA. 1- A Lei 11.340/06 destina-se a proteger a mulher de violência doméstica, não importa sua opção sexual, nem que envolva relações homoafetivas e a agressora seja outra mulher. 2- O artigo 5º da Lei estabelece como âmbito de incidência a proteção da mulher na unidade doméstica, abrangendo os indivíduos que nela convivem ou qualquer relação de afeto, vínculo familiar, mesmo que não mais coabitem independente da orientação sexual. A lei não é limitada pelo gênero do agressor, sua finalidade é sempre proteger a mulher, independente de opção sexual (parágrafo único do artigo 5º). 3- Competente a Vara de Violência Doméstica exercida na Comarca pela Vara de Família. CONFLITO PROCEDENTE, (Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 22/07/2010). (Grifado no original).

A Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, no mesmo acórdão citado acima, defende que a intenção da Lei Maria da Penha é, acima de tudo, defender "as mulheres nas relações domésticas, afetivas, familiares, seja entre homens e mulheres de um mesmo núcleo familiar e, até mesmo mulheres de outras mulheres, embora esta não seja a regra, independente da orientação sexual".

Nesse sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, conforme ementa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO:  
VIOLÊNCIADOMÉSTICA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VULNERABILIDADE  
DEMONSTRADA PELA RELAÇÃO DE AFETO. COMPETÊNCIA DO  
JUIZADO ESPECIALIZADO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E  
FAMILIAR CONTRA A MULHER. 1. **De acordo com o art. 5º da Lei nº 11.340/2006, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é competente para processar e julgar infrações penais cuja motivação seja a opressão à mulher, podendo figurar como sujeito**



**ativo tanto homens quanto mulheres.** 2. No caso em tela, a violência decorreu de **relação homoafetiva pretéria entre mulheres, estando caracterizada a situação de vulnerabilidade por conta da relação de afeto.** [...] 3. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido. TJ-AM - Recurso em Sentido Estrito : (RSE 02044169120148040020 AM 0204416-91.2014.8.04.0020. Relatora: Carla Maria Santos dos Reis. Julgado em 27/07/2015. Primeira Câmara Criminal). (Grifos nossos).

Não obstante os entendimentos acima, há, referente ao tema, disparidade de alguns magistrados, os quais defendem que a aplicabilidade da medida protetiva de urgência só surti efeito ao sujeito ativo, cujo sexo necessariamente deve ser masculino, conforme apelação criminal nº. 1.0024.13.125196-9/001 da comarca de Belo Horizonte:

Ementa: apelação criminal nº 1.0024.13.125196-9/001 - comarca de belo horizonte - lei nº 11.340/06 - requerimento de medidas protetivas de urgência - extinção do feito sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido - não cabimento - relação homoafetiva entre duas mulheres - possibilidade de aplicação da lei maria da penha - recurso ministerial provido. (grifado no original).

O juiz *a quo*, cujo nome não foi indicado, em relação à referida ementa expõe que, por força da Lei Maria da Penha, o sujeito passivo para fins de incidência da proteção e assistência deve, obrigatoriamente, ser mulher. Ainda, utiliza o infeliz argumento de que a definição da violência de gênero nada mais é que a falsa ideia da existência de uma hierarquia entre um homem e uma mulher, que se caracteriza com um domínio machista daquele em relação a essa. E continua, apontando o porquê da criação da Lei Maria da Penha:

**[...] o que levou o legislador a editar a Lei Maria da Penha é a existência de um histórico de controle do homem sobre a mulher através da imposição daquele no controle absoluto das ações desta.** Aliás, até mesmo a diferença de força física do homem em relação à mulher serviu de base para a lei em comento, **sendo que o congresso nacional ao editar a lei o fez por entender ser e estar a mulher em condição de hipossuficiência frente ao homem.** Esse quadro desenhado não se enquadra no caso dos autos em tela, pois **em hipótese alguma podemos dizer que uma mulher esteja em condição de submissão e inferioridade em relação a outra mulher [...].**

O magistrado finaliza dizendo que descabe a aplicação da Lei Maria da Penha, considerando que, em hipótese alguma, podemos dizer que uma mulher está em condição de submissão e inferioridade em relação à outra mulher. Para ele, não são em todos os casos de violência doméstica que se admiti a aplicação da Lei



Maria da Penha, sob pena de deturparmos a interpretação da lei. Por fim, julgou extinto o processo sem julgamento de mérito.

Já em fase recursal, conforme a ementa, a Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires diz que o entendimento do juízo *a quo* está totalmente ultrapassado, já que há um consenso nos Tribunais sobre a aplicabilidade das medidas protetivas em famílias homoafetivas:

[...] por força de exigência legal, o sujeito passivo, para fins de incidência da proteção e assistência previstas na Lei Maria da Penha, deve ser mulher. **Todavia, no que tange ao agressor, isto é, ao sujeito ativo, a Lei nº 11.340/06, no parágrafo único de seu art. 5º, não repetiu o mencionado requisito, permitindo, por conseguinte, sua aplicabilidade também em hipótese de relações homoafetivas entre mulheres [...].**(Grifo próprio).

Lamentável o entendimento do primeiro juízo, pois a Lei não delimita o sujeito ativo das infrações, podendo ser tanto um homem quanto uma mulher, desde que haja o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. Neste caso em especial, já em fase recursal, a medida protetiva de urgência foi concedida à vítima, tendo sido devidamente comprovado o vínculo da agressora com a vítima.

Portanto, para correta subsunção do fato típico à norma em análise, basta que reste caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou afetiva entre a vítima e o agressor, independentemente do sexo do sujeito ativo. (BASTOS, 2013).

No que tange o sujeito passivo da violência doméstica e familiar, ou seja, a vítima, há a exigência expressa na Lei de que possua a qualidade especial de ser mulher. Para Dias (2015), as lésbicas, as transexuais, as travestis e as intersexuais que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha.

Frente a essa questão, Bastos (2013) coloca outra relevante discussão à tona: os travestis e os transexuais estão sob o abrigo da Lei Maria da Penha? Embora haja certo enfrentamento de opiniões, parece-nos acertado o entendimento de que os travestis não são mulheres em termos biológicos nem psicológicos, logo, não estão sob a proteção da Lei Maria da Penha, caso contrário, haveria uma violação ao princípio da reserva legal e à interpretação da norma penal incriminadora. (BASTOS, 2013).

Dias (2015), como vimos anteriormente, discorda desse entendimento e



defende que se inserem no conceito de mulher também as lésbicas, as transexuais e as travestis que tenham identidade com o sexo feminino.

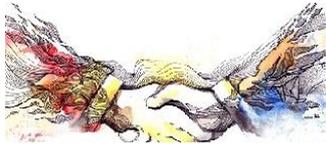
Quanto aos transexuais, desde 2009, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já havia se posicionado quanto à competência da vara especializada da violência doméstica, aplicando a Lei Maria da Penha em relações homoafetivas quando se tratar de sujeito passivo a transexual, conforme ementa abaixo:

EMENTA: Conflito negativo de competência. Violência doméstica e familiar. Homologação de auto de prisão em flagrante. Agressões praticadas pelo companheiro contra pessoa civilmente identificada como sendo do sexo masculino. Vítima submetida à cirurgia de adequação de sexo por ser hermafrodita. Adoção do sexo feminino. Presença de órgãos reprodutores femininos que lhe conferem a condição de mulher. Retificação do registro civil já requerida judicialmente. Possibilidade de aplicação, no caso concreto, da lei n. 11.340/06. Competência do juízo suscitante. Conflito improcedente. (TJSC, Conf. Jurisd. 2009.006461-6, 3ª Vara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 29/06/2009).

Nesse caso, a vítima é civilmente do sexo masculino, porém, apresenta quadro de hermafroditismo, e há cerca de quatro anos passou por uma cirurgia para definir o sexo feminino. O juízo suscitado entendeu que, por se tratar de homem, não caracterizaria caso de violência doméstica sob a proteção da Lei Maria da Penha, encaminhando os autos à 3ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis. Mais uma vez, foi rogado o artigo 5º da referida Lei, sendo concedidos todos os benefícios desta para a vítima, abordando como argumento definitivo o princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Bastos (2013) destaca duas correntes doutrinárias referentes ao tema: a primeira, uma corrente conservadora, segundo a qual os transexuais não são geneticamente mulheres, embora passem a ter órgão genital de conformidade feminina, descartando, portanto, a proteção legal especial; a segunda, uma corrente mais moderada, que reconhece a proteção da Lei Maria da Penha aos transexuais, uma vez que suas características devem ser encaradas de acordo com a sua nova realidade física e morfológica.

Lauria (2006) ao discutir a aplicabilidade dos institutos da Lei Maria da Penha aos transexuais, classifica-os em três grupos: a) transexuais que não realizam a cirurgia de troca de sexo; b) transexuais que realizam a cirurgia de troca de sexo para retirar órgão genital masculino e não conseguem alteração de registro;



c) transexuais que realizam a cirurgia de troca de sexo para retirar órgão genital masculino e conseguem alteração de registro.

Para Lauria (2006), a solução dessas celeumas se encontra no art. 155 do Código de Processo Penal, que dispõe em seu parágrafo único: "somente quanto ao estado das pessoas serão observados as restrições estabelecidas na lei civil". Assim, cada um dos grupos supracitados mereceria uma proteção diferenciada:

a) Transexuais que não realizam a cirurgia de troca de sexo: a solução para tanto será a mesma adotada para o caso dos travestis, ou seja, ainda que se entenda que o sexo psicológico difere do sexo físico aparente, a interpretação do conceito mulher contido na Lei Maria da Penha, por apresentar ao réu um tratamento mais gravoso, com implicação direta no direito constitucional da liberdade de locomoção, deve ser restritivo. Assim, sendo biologicamente homens, não se pode estender aos transexuais que ainda não realizaram a cirurgia de troca de sexo a aplicação da referida lei.

b) Transexuais que realizam a cirurgia de troca de sexo para retirar órgão genital masculino e não conseguem alteração de registro: esses transexuais passam a ostentar a aparência física de mulher, apesar de terem nascido homens. Para Lauria (2006), neste caso não se deve aplicar a Lei Maria da Penha, pois não houve a alteração do sexo do transexual no registro civil, logo, ele não poderá ser considerado mulher para fins penais, e, por conseguinte, não estará sob a égide da Lei Maria da Penha.

c) Transexuais que realizam a cirurgia de troca de sexo para retirar órgão genital masculino e conseguem alteração de registro: Neste caso, a Lei Maria da Penha teria aplicação direta, pois, a partir do momento em que o transexual consegue a modificação do sexo no registro civil, o mesmo poderá ser considerado mulher nos termos do art. 155 do CPP. Cabível, portanto, que receba o tratamento de mulher para fins de proteção pela Lei Maria da Penha.

No final do ano de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo, 3ª Câmara Criminal, determinou a aplicabilidade das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha em favor de uma transexual ameaçada pelo ex-companheiro.

A vítima, que não fez cirurgia para alteração de sexo, afirmou no processo que manteve relacionamento amoroso por cerca de um ano com o ex-companheiro.



Após o fim do namoro, ele passou a lhe ofender e ameaçar. Assustada, registrou boletim de ocorrência e pediu em juízo a aplicação das medidas protetivas. O pedido foi negado pelo juízo de primeiro grau, sob fundamento de que a vítima pertence biologicamente ao sexo masculino, estando fora do escopo da Lei Maria da Penha. ([www.tjssp.jus.br](http://www.tjssp.jus.br)).

No entanto, em julgamento de mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça, a magistrada Ely Amioka, relatora do caso, afirmou que a lei deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. “A expressão ‘mulher’, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais a impetrante não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui a impetrante pode ser considerada mulher.” ([www.tjssp.jus.br](http://www.tjssp.jus.br)).

Por fim, Ely Amioka assinalou:

“É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada, que a impetrante vem sendo ameaçada pelo homem inconformado com o término da relação. Sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso”. ([www.tjssp.jus.br](http://www.tjssp.jus.br)).

Assim sendo, aqueles transexuais que lograrem obter a retificação do registro civil, ainda que sem realizar a cirurgia para a conformação do sexo físico ao psicológico, estarão indubitavelmente sob o abrigo da Lei Maria da Penha. (BASTOS, 2013).

Evidente o ganho da coletividade em relação à inovação trazida pelo legislador. A Lei Maria da Penha não faz menção a respeito da necessidade de que o sujeito ativo seja especificamente homem, e a corrente majoritária entende o mesmo. Quanto ao sujeito passivo, embora tenhamos diversas discussões acerca do tema, a jurisprudência já tem pacificado entendimento quando obedecidos os requisitos legais demonstrados anteriormente. Logo, entende-se que, com o avanço de um novo conceito de família trazido pela Lei ora em comento, não mais se discute a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, pois tratou o legislador de alargar o conceito convencional de família cessando mais uma história de omissão brasileira.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha em famílias homoafetivas, quando compostos por duas mulheres, por um travesti e/ou por um transexual, levando-se em consideração o novo conceito trazido pela lei.

No primeiro momento, com o propósito de familiarizar o leitor, realizamos uma análise breve das principais novidades que a Lei Maria da Penha trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro ressaltando suas principais alterações.

No que é especial, no nosso estudo, a Lei Maria da Penha trouxe, dentre inúmeras novidades, um novo conceito de família: a família homoafetiva. Assim, acabou por englobar não somente os casais heterossexuais, mas alargou sua proteção às famílias formadas por casais do mesmo sexo.

A discussão referente às famílias homoafetivas inicia-se pela indagação de o sujeito ativo também ser outra mulher. O legislador, conforme demonstrado no presente artigo, não fez nenhuma referência da necessidade de o sujeito ativo ser homem, não importando a ele a questão do gênero do agressor, mas sim, da eficácia do combate à violência doméstica contra a mulher. Embora ainda haja discussões sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha em casais compostos por duas mulheres, os Tribunais já vem pacificado entendimento referente o assunto, aplicando a Lei Maria da Penha em casais compostos por duas mulheres.

No que tange ao sujeito passivo da violência doméstica, foi analisado a possibilidade de travestis e transexuais estarem sob a égide da Lei Maria da Penha.

Quanto aos travestis, a maioria da doutrina defende que, por não se tratar de mulher, não estarão sob o abrigo da Lei Maria da Penha. Aos que defendem a aplicabilidade também aos travestis, invocam o disposto no parágrafo único do artigo 5 da referida lei.

Quanto aos transexuais, demonstramos duas correntes majoritárias sobre o assunto, sendo que uma delas não reconhece os transexuais como mulheres, mesmo que tenham órgãos genitais femininos, logo não estarão sob a proteção da Lei Maria da Penha. A outra corrente entende que as transexuais estão protegidas



pela Lei Maria da Penha, pois levam em consideração as características da nova realidade física e morfológica da vítima.

Também foi abordada a questão do registro civil, tendo em vista que, para parte da doutrina, só estará sob a égide da Lei Maria da Penha o transexual que, além da cirurgia de troca de sexo, deverá ter o registro alterado como nome de mulher. Quanto a esse caso específico, os Tribunais já vêm proferindo decisões no sentido de admitir a alteração no registro civil, mesmo que a parte não tenha passado ainda por cirurgia de transgenitalização.

Desse modo, concluímos que, para configurar o sujeito ativo da violência doméstica e familiar é evidente que independe se for homem ou mulher o agressor, eis que a própria lei não delimitou isso. Tal discussão já está pacificada dentro dos Tribunais os quais já estão aplicando a Lei Maria da Penha em casais homoafetivos quando formados por duas mulheres.

Por fim, destaca-se a discussão referente aos travestis e transexuais. Quanto aos travestis, por serem homens, há certa discrepância de opiniões, pois a lei, diferentemente do sujeito ativo, determina que, para caracterizar a violência doméstica deve, obrigatoriamente ser perpetrada contra a mulher. No entanto, por a Lei fazer menção à relação íntima de afeto e que independe da orientação sexual da vítima há entendimentos que estes estarão também sobre o abrigo da Lei. Não obstante, os Tribunais ainda não reconhecendo esse entendimento, portanto, por ora, seguindo o entendimento majoritário, as travestis não estão sob a égide da Lei Maria da Penha.

Quanto à aplicabilidade da Lei Maria da Penha às vítimas transexuais, concluímos que estarão elas sobre o abrigo da Lei, pois, os Tribunais já estão entendendo que, embora a transexual não tenha passado por cirurgia, mas, já tenha alterado seu registro civil para o feminino, se têm aplicado a Lei Maria da Penha, uma vez que passarão a pertencer ao sexo feminino.

Embora o legislador tenha se preocupado em trazer expresso um novo conceito de família, a aplicabilidade da Lei em casais do mesmo sexo oscila de Estado para Estado. Mesmo que em alguns Tribunais já há decisões favoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha em casais homossexuais, sejam duas mulheres ou quando o sujeito passivo é um transexual, não há unanimidade das decisões em



todo o Brasil.

Os argumentos persistem na ideia de que para ser sujeito ativo do crime de violência doméstica e familiar à luz da Lei Maria da Penha, obrigatoriamente deverá ser do sexo masculino, tendo em vista a hipossuficiência da mulher em relação ao homem e que, em decorrência disso, a mulher jamais poderá ficar em grau inferior à outra mulher. Não obstante, a Lei menciona como requisito para sua aplicabilidade as relações íntimas de afeto, independentemente da orientação sexual da vítima, logo, entende-se que o legislador, ao mencionar que "as relações pessoais independem de orientação sexual" acabou por englobar os casais do mesmo sexo.

Tal discussão está longe de acabar, visto que ainda temos entendimentos ultrapassados sobre o tema, como demonstrados nesse artigo. Entendimentos carregados de preconceito e que infelizmente, ainda é a maioria dentro do nosso país. O novo conceito de família expresso na Lei Maria da Penha e o reconhecimento Constitucional da união homoafetiva como união estável, foi um grande ganho da sociedade, porém, cabe agora aos operadores do sistema conservador, também reconhecê-la.

## REFÊRENCIAS

BASTOS, Tatiana Barreira. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Port o Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

CUNHA, R.S.; PINTO, R.B. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha, comenta da artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revis ta dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de co mbate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Homoafetividade e os direito LGBTI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de co mbate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Violência Doméstica e as uniões homoafetivas*, 2006. Disponível em: <htt p://ju s.com.br/artigos/8985/violencia-domestica-e-as-unioes-homoafetivas> . Acesso em: 24 maio 2015.



DIAS, M.B.; REINHEIMER, T.L. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*, 2013 . Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-e-as-uniões-homoafetivas-por-maria-berenice-dias-e-thiele-lobes-reinheimer/>>. Acesso em: 17 maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher*, 2009. Disponível em: <<http://fgjusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulher-e-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher>>. Acesso em: 26 maio 2015.

LAURIA, Thiago. *É Possível Aplicar a Lei Maria da Penha a Lésbicas, Travestis e Transexuais?* Jurisway: 02/10/2006. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=59](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=59)>. Acesso em 01/05/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.

NOTÍCIAS TJSP. *Tribunal de Justiça de São Paulo Aplica a Lei Maria da Penha para proteção de transexual*. Disponível em:<<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Comesp/AssuntosInteresse/PublicacoesAssuntosInteresse.aspx?Id=6932>>. Acesso em: 01/05/2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.