****

**A aplicação por analogia da Lei Maria da Penha como forma de proteção contra a violência doméstica nas relações homoafetivas.[[1]](#footnote-1)**

Alesson Ricardo Mendes Araujo[[2]](#footnote-2)

Profa. Ma. Tuanny Soeiro. [[3]](#footnote-3)

**Sumário:** Introdução; **1.** Solucionando as lacunas dentro do ordenamento jurídico; **2.** Lei Maria da Penha, decisão por analogia; **3.** Visão crítica às decisões por analogia e a posição do STF;Conclusão; Referências.

**RESUMO**

Este paper tem o objetivo de estabelecer uma análise sobre a possibilidade de aplicação por analogia da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) como forma de proteção contra a violência doméstica nas relações homoafetivas. A partir desta delimitação objetiva-se discutir uma nova perspectiva de aplicação da Lei em nível de relações homoafetivas visando a prevenção contra a violência doméstica nessas situações. Apesar de ter surgido a partir de lutas feministas que consequentemente foram abraçadas pela maioria da sociedade brasileira, torna-se inegável a aplicação por analogia as relações homoafetivas tendo em vista uma nova realidade social existente em relação a formação das famílias em nosso país. Desta forma o paper inicia apresentando a possíveis soluções para as lacunas existentes dentro do ordenamento jurídico. Analisa a Lei Maria da penha (Lei 11.340/2006) e as decisões a ela relacionadas por analogia e finaliza apresentando uma visão crítica às decisões por analogia e o atual posicionamento do Supremo tribunal Federal.

**Palavra Chave:** Lei Maria da Penha; violência doméstica; relações homoafetivas; analogia.

**INTRODUÇÃO**

As convenções sociais, que também pode ser definida como uma instituição informal, traz em sua essência padrões morais e éticos impostos para que haja harmonia no convívio em sociedade. Muitas dessa normas e regras estão carregadas com influências do patriarcalismo da época dos hebreus que tinham o propósito de qualificação do homem como líder. A religião também teve grande influência no regramento quanto aos padrões morais e éticos da sociedade.

Esse regramento social é responsável por limitar as ações do indivíduo, que são considerados desviantes sempre que extrapolam o que foi imposto. O modo de se vestir, de se portar diante das situações, de se relacionar afetivamente com pessoas, os juízos de valor para tomada de decisões são exemplos de como as normas de gênero estão presentes no cotidiano.

Com a evolução das sociedades e a perda do medo de contrariar as normas de gênero, é possível observar a quebra de alguns regramentos sociais como é o caso da relação homoafetiva. Sempre muito discriminados, homens e mulheres foram à luta pela aceitação de sua opção sexual, fugindo da heteronormatividade existente principalmente nos locais aonde a cultura do patriarcalismo é bastante enraizada e que existem muitos casos de mulheres que silenciam as agressões sofridas por ter no marido ou companheiro a imagem do provedor da família.

Graças a luta das feministas, o Ordenamento Jurídico Brasileiro criou mecanismo para combater a violência doméstica contra mulher. Tal fato aos olhos dos seguidores das normas de gênero foi um alento para punir os desviantes que agrediam as mulheres. Diante das conquistas e da aceitação do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo que atualmente estão constituindo família, é possível aplicação, mesmo que por analogia, da Lei Maria da Penha?

A resposta ao questionamento precisa considerar que em 2013, por meio da resolução nº 175 o Supremo tribunal federal resolveu que é vedada a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, e que na contramão desta conquista, o que se observa é o crescente caso de violência doméstica nas relações homoafetivas e a inexistência de lei específica para tratar os casos que são denunciados.

Esses fatores motivaram a pesquisa juntamente com as recentes decisões de juízes que buscando a proteção, segurança do ser humano e verificando que há uma lacuna no ordenamento por inexistir lei específica que atenda as relações homoafetivas, optam por utilizar a Lei Maria da Penha, fazendo uso da analogia e considerando o significado de violência doméstica. Entretanto, seguindo outra linha de pensamento, verificamos também que entidades de classe criticam a utilização de uma lei específica no caso da violência nas relações homoafetivas.

Portanto, o estudo tem o intuito de esclarecer quanto à possibilidade ou não a aplicação da Lei Maria da Penha como mecanismo protetivo também nas relações de pessoas do mesmo sexo.

**1. Solucionando as Lacunas dentro do ordenamento jurídico.**

Com o ritmo instável da sociedade, a movimentação constante das relações humanas e das necessidades da vida, acabamos por nos deparar com novos fatos e conflitos que obrigam o direito a acompanhar esse dinamismo da sociedade. Mas nem sempre o direito consegue acompanhar essa relação dinâmica da sociedade, tornando-se mesmo que temporariamente lacunoso. A lacuna nada mais é que uma omissão involuntária, ou seja, a inexistência de um dispositivo para aplicação no caso concreto.

Como forma de exemplificação da evolução da sociedade e do surgimento de uma lacuna no direito brasileiro, podemos citar as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, onde após o reconhecimento dessa modalidade de união, foi observado um significativo crescimento de uniões, mas não foram criadas leis específicas para regular a violência doméstica que por ventura venham a ocorrer.

Porém existem correntes que negam a existência das lacunas, principalmente quem está diretamente ligado ao poder legislador, considerando que se inexiste lacuna, logo existe um ordenamento completo sendo desnecessário o poder legislador. De outro lado, estão os que defendem a existência das lacunas, inclusive o próprio ordenamento admite a existência das lacunas quando estabelece como o juiz deve decidir em caso de omissão da Lei.

Considerando que o juiz deve sempre decidir as lides, as lacunas são preenchidas seguindo alguns critérios como a analogia, costumes e princípios gerais do direito como consta no artigo 4º da LICC. O primeiro mecanismo que o jurista deve se socorrer é a analogia. Segundo Maria Helena Diniz:

“O processo analógico consiste em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato-tipo por ela previsto. Porém, para que tal se dê deve-se considerar como relevante alguma propriedade que seja comum a ambos” (DINIZ, 2002).

Logo, é importante observar que para a aplicação de analogia, requer que o caso não esteja previsto em norma jurídica; o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança e por fim, que o elemento de identidade entre eles seja essencial, havendo semelhança verdadeira e razão entre ambos.

Já os costumes, este somente serão utilizados se a lei não conseguir utilizar a analogia, conforme asseverado também por Maria Helena Diniz:

“o recurso ao costume só tem cabimento quando se esgotarem todas as potencialidades legais, o que revela a presença, em nosso ordenamento, de uma ideologia liberal, traduzindo o propósito de garantir a segurança jurídica e o culto à lei” (DINIZ, 2002).

Por fim, o uso dos princípios gerais do direito somente será aplicado quando não houver lei ou costume que se aplique à lide.

Fonte subsidiária, ainda, quando as outras mais diretas falham ou se mostram insuficiente, é a invocação do dos princípios gerais de direito, com a qual o aplicador investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica juntamente com a fixação da orientação geral do ordenamento, e os traz ao caso concreto (PEREIRA, 2013).

Como notado, o ordenamento jurídico não é perfeito a ponto de ter o “remédio” para cada uma das situações que surgem ou que se transformam na tentativa de acompanhar a evolução da sociedade. Para suprir esse problema de ausência de norma, o sistema jurídico faz uso da analogia como forma de sanas a omissão ou inexistência da norma. O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) confirma a importância do uso da analogia para a solução dos casos dizendo que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Desde 2013, por meio da resolução 175, o que se observa é que o número de relacionamentos, casamentos e união estável entre pessoas do mesmo sexo representa 0,4% dos casamentos realizados no pais segundo pesquisa realizada em 2014 pelo IBGE. Porém, atualmente não existe uma lei específica para atender aos anseios de quem opta por uma relação homoafetiva, configurando uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, fator bastante delicado, considerando o histórico de discriminações e o tratamento de maneira marginalizada dispensado pela sociedade preconceituosa aos considerados “transgressores das normas de gênero”.

A sociedade tem a falsa impressão de que as relações homoafetivas são igualitárias, entretanto não é o que acontece, a violência nesse modelo de relacionamento é similar à existente entre os casais heteroafetivos. Os homossexuais são discriminados nos mais diversos setores da sociedade e a divulgação da violência dentro de um relacionamento homoafetivo é muitas vezes toleradas em silêncio para evitar os comentários como o velho “eu te avisei” vindos de pessoas contrarias a opção sexual e mesmo da própria família.

Por estar sofrendo violência na mesma proporção que as mulheres e por ausência de uma lei específica para resguardar as vítimas da violência doméstica na relação homoafetiva, alguns juristas estão optando pelo uso da analogia, aplicando a Lei Maria da Penha, no que tangem à violência doméstica, como mecanismo de proteção do direito.

 **2. Lei Maria da Penha, decisão por analogia.**

Anteriormente à Lei 11.340 de 2006, o mecanismos utilizado era a lei 9.099 de 95 chamada de lei dos juizados especiais. Para essa lei, as infrações penais de menor potencial ofensivo eram as contravenções penais e crimes cujo pena máxima não superava 2 anos. Essa lei de certa forma não era confortável para as mulheres pois as conciliações eram feitas na presença do agressor culminando em 70% de arquivamentos dos processos de violência doméstica ou quando condenados, os agressores poderiam pagar cestas básicas.

A Lei 11.340 de 2006 ou Lei Maria da Penha foi criada para garantir proteção às mulheres vítimas dos vários tipos de violência tais como a psicológica, moral, física, sexual, dentre outras. É a mulher a figura chave que a lei, que está inserida no advento da teoria de gênero, busca proteger de forma mais específica promovendo a geração da igualdade real entre elas e os homens (MINUZZI, 2015).

Ocorre que a partir de 2013 nos deparamos com uma realidade no Brasil que é a união entre pessoas do mesmo sexo. A união estável entre pessoas homoafetivas cresce de maneira significativa, porém não há regulação legal que abarque a violência doméstica dentro desse novo modelo de família. Violência este que torna-se silenciosa, não é divulgada principalmente pelo fato da discrinação que temos em nossa sociedade. Surge então um questionamento, como proteger da violência domestica esses os homoafetivos que sem medo de discriminação denunciam a violência sofrida?

Considerando os mecanismos de superação de lacunas no ordenamento jurídico temos que por analogia essa lacuna pode ser eliminada seguindo os requisitos de aplicação asseverados por Maria Helena Diniz: 1) O caso sub judice não deve está previsto em norma jurídica; 2) O caso contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança; 3) O elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial, ou seja deve haver verdadeira semelhança e a mesma razão entre ambos.

O requisito disposto no item 01 é acatado de imediato considerando que não há no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que regule as relações homoafetivas. O item 02 também é acatado considerando a violência doméstica e por fim o item 03 que fala em elemento essencial que é a ação ou omissão baseada no gênero. Importante ressaltar que independente de opção sexual, a sociedade tem uma raiz paternalista e que principalmente em momentos de tensão deixa aflorar o agente detentor do poder.

O encaixe aos requisitos se evidencia através da observação do artigo 5º da lei 11.340 de 2006 diz que:

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.

Diante dos encaixes aos requisitos da analogia e a interpretação extensiva a Lei Maria da Penha, alguns juristas defendem que sua aplicação deve ser empregada em todas as situações onde ocorrer violência doméstica, independentemente da vítima é mulher, homem ou decorrente de uma relação homoafetiva.

Por esse motivo temos encontrados vários julgados decidindo por medidas protetivas devido a violência nas relações homoafetivas. Exemplo disso ocorreu no Mato Grosso onde a Juíza de Direito Aline Luciane Quinto da cidade de Primavera do Leste concedeu medida protetiva a uma rapaz que foi agredido por seu companheiro.

Ao analisar o caso, a magistrada entendeu que as providências protetivas previstas na Lei Maria da Penha podem ser aplicadas aos participantes de relações homoafetivas que, em face de espécie de violência doméstica, estejam vulneráveis. Aline Quinto afirma ainda que as medidas protetivas previstas na lei podem ser aplicadas em favor de qualquer pessoa vítima de violência em âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, não podendo falar em vedação de analogia prevista em Direito Penal (JUSBRASIL, 2015)

Indo mais além, existem jurísitas que defendem a aplicação direta, sem a analogia, usando como fundamento o parágrafo único do artigo 5º da lei 11.340 de 2006. Tal fato em nosso entendimento continua ser uma forma de analogia pois a rigor a Lei busca a proteção das mulheres.

**3. Visão crítica às decisões por analogia e a posição do STF.**

A Associação Sindical de Juízes é contrária ao posicionamento que considera a como crime a violência doméstica ocorrida em uma relação homoafetiva. Tal posição é fundamentada em duas linha, uma de cunho sociológico devido à falta de superioridade física entre agente e vítima e outra pelo fato da antecipação da tutela penal à tutela civil. A associação considera a proteção familiar nas relações homoafetivas como sendo uma promocional, de cunho ideológico.

A essência da polêmica da utilização ou não da Lei Maria da Penha para os caso de relações homoafetivas está no fato de que a lei foi criada para defender a mulher e a aplicação dessa lei em casos de pessoas do mesmo sexo torna-se uma afronta aos propósitos de sua criação, apagando o contexto histórico de sua concepção, sendo um desvio de finalidade pois a mulher ocupa comprovadamente uma posição de vulnerabilidade, não tenho como aplicar a uma vítima do gênero masculino, vítimas dos delitos nos termos da Lei Maria da Penha.

É notório que não há uma pacificação, jurisprudência ou entendimento entre operadores do direito, tribunais, doutrinadores. O fato é que os mais conservadores defendem a “letra seca da lei” e os mais liberais utilizam da lei seguindo uma interpretação extensiva, a realidade atual da nova entidade familiar e aplicação de princípios da igualdade dos sexos para combater a violência doméstica da sociedade.

Outro aspecto que merece ser alvo de reflexão é que nos casos de relações homoafetivas entre duas mulheres, a vítima estará amparada pela própria Lei Maria da Penha sem necessidade de usar da analogia, pois ela é do sexo feminino, além de ter como local de denúncia a delegacia da mulher. Porém, como agir nas relações homoafetivas com dois indivíduos do sexo masculino? A qual delegacia ele deve recorrer no caso de uma violência doméstica?

Olhando por essa vertente, é que busca-se como tentativa de minimizar polêmica e conseguir proteger esse público que historicamente sofreu e sofre discriminação pela sua opção sexual, é que a analogia à lei Maria da Penha é o mecanismo mais adequado para satisfazer a necessidade real de combate à violência doméstica na relação homoafetiva. Antes de qualquer juízo de valor é importante avaliar que ali é um ser humano que deve ser respeitado e protegido de forma isonômica.

O posicionamento do STF é de que a Lei Maria da Penha está sendo estudada desde sua entrada em vigor sendo importante a constatação de violência de gênero, além de outros requisitos para que a Lei seja aplicada nas relações homoafetivas. Tal posicionamento está manifestado no Habeas corpus nº 106212/MS – STF (JUSBRASIL, 2015).

Por fim, é importante ressaltar que a grande polêmica gerada acerca do assunto e o crescente número de violência doméstica ocorrida nas relações homoafetivas, necessitam de uma resposta para que se chegue em uma solução definitiva com relação à polêmica e evite a ampliação dos casos de violência nesse novo modelo familiar. A alternativa para isso é a aplicação da Lei Maria da Penha por analogia para atender as necessidades da sociedade e suprir a lacuna do ordenamento jurídico brasileiro fazendo as adequações necessárias para o atendimento do cidadão homoafetivo.

**CONCLUSÃO:**

 A influência paternalista existente em nossa sociedade que ainda nos dias atuais tem a figura do indivíduo provedor da entidade familiar, levou para as relações homoafetiva essa raiz de que em uma família o provedor tem mais poder que os demais implicando com isso na violência doméstica no seio desse novo modelo de família. Entretanto, o direito não conseguiu acompanhar até então a evolução da sociedade, deixando lacunas no ordenamento.

Estas como vimos são superadas principalmente pela analogia, em nosso estudo o foco esteve direcionado na aplicação por analogia da Lei Maria da Penha como forma de proteção contra a violência doméstica nas relações homoafetivas. Vimos que já existem julgados onde a analogia serviu como mecanismo para o atendimento de uma necessidade social e que não consta no ordenamento jurídico nenhuma norma específica.

Mas, assim como houve exemplo de julgados favoráveis à utilização da analogia para proteger a pessoa da violência doméstica na relação homoafetiva, verificou-se também críticas a utilização da lei 11.340 de 2006 sob a alegação de que essa lei é de uso exclusivo de mulheres, para protege-las das agressões de gênero.

Além dessa problemática, foi ressaltado que a solução para o caso das relações homoafetiva de sexo masculino precisa de adequações pois não há uma delegacia específica para fazer a denúncia como no caso das mulheres.

Contudo, mesmo com toda polêmicas, críticas e adequações que precisam ser feitas, seguimos a linha de que é possível sim proteger os indivíduos da relação homoafetiva por analogia da Lei Maria da Penha no que diz respeito à violência doméstica.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942. Vade Mecum Universitário do Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2014

# CARVALHO, Franciele. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações Homoafetivas – Masculinas. Disponível em: <http://anacsena.jusbrasil.com.br/artigos/170211085/aplicabilidade-da-lei-maria-da-penha-nas-relacoes-homoafetivas-masculinas>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

# DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 6. ed. – São Paulo: SARAIVA, 2000.

**Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 25 de março de 2016.

MINUZZI, Matheus Ciochetta. **Aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino e às relações homoafetivas**. **Disponível em:<** http://mateuscminuzzi.jusbrasil.com.br/artigos/118288535/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-vitimas-do-sexo-masculino-e-as-relacoes-homoafetivas**>.** Acesso em: 25 de março de 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

1. Paper Institucional apresentado à disciplina de Direito Penal da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluno do 6º Período do Curso de Direito da UNDB [↑](#footnote-ref-2)
3. Orientadora do trabalho. [↑](#footnote-ref-3)