V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

JOSE MIGUEL BUSQUETS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

S678
Sociedade, conflito e movimentos sociais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/ URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho, Jose Miguel Busquets – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-269-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Sociedade. 3. Conflito. 4. Movimentos sociais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

Apresentação

Esta publicação – "Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais" - resulta da prévia seleção de artigos, e do fecundo debate que se seguiu à apresentação oral dos trabalhos, no Grupo de Trabalho homônimo, o qual se reuniu em 9 de setembro do ano em curso, durante o V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevidéu (Uruguai), nos últimos dias 8 a 10 de setembro.

O V Encontro – enfatizando a problemática das "instituições e o desenvolvimento no momento atual da América Latina" como tema central – permitiu que, às margens do Rio da Prata, na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai (UDELAR), se ferisse intensa discussão acadêmica, unindo teoria e empiria na abordagem do fenômeno sócio-político-jurídico.

Assim e por meio de abordagem multi e interdisciplinar, o GT "Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais" proporcionou, entre outros aspectos, o intercambio sobre a nova agenda dos movimentos sociais. Os artigos utilizaram metodologia construtivista, mostrando a nova agenda de pesquisa das ciências jurídicas.

Por tudo, tem-se a certeza de que, mais uma vez, o GT "Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais" cumpriu com os objetivos a que se propõe, nomeadamente o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição relevante acerca da problemática dos movimentos sociais. E espera-se que a leitura dos trabalhos aqui publicados, tanto os de cunho normativo quanto os de feição empírica, contribuam para enriquecer o cabedal de conhecimento sobre a temática geral do V Encontro, a saber, as "instituições e o desenvolvimento no momento atual da América Latina".

Prof. Dr. José Miguel Busquets - Universidade da República do Uruguai (UDELAR)

Prof. Dr. Filomeno Moraes - Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O DISCRÍMEN LEGAL DE GÊNERO NA LEI MARIA DA PENHA E A SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÕES HOMOAFETIVAS MASCULINAS.

THE PRINCIPLE OF ISONOMY AND THE LEGAL FACTOR OF GENDER INEQUALITY AT LAW 11.340/2006 AND ITS APPLICATION IN MALE SAME-SEX RELATIONSHIPS.

Edinilson Donisete Machado [1]
Marco Antonio Turatti Junior [2]

Resumo

O trabalho aborda sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em relações homoafetivas masculinas sob a ótica do discrímen legal de gênero. Para tanto, busca-se a partir de uma compreensão das inovações trazidas pela lei para o ordenamento jurídico e também da necessidade de uma ação afirmativa que promovesse a igualdade material entre homens e mulheres na questão da violência doméstica ou em âmbito familiar, na realidade brasileira. Contudo, com as novas famílias e novas relações que o comportamento social, questiona-se sobre a aplicação da lei também para homens, o que afetaria a base legal da ação afirmativa.

Palavras-chave: Lei maria da penha, Discrímen, Gênero, Relações homoafetivas masculinas, Violência doméstica

Abstract/Resumen/Résumé

This article works on the application of Law 11.340/2006 in male same-sex relationships under the legal factor of gender inequality. For that, the comprehension about the innovation of law and necessities for a affirmative action in the legal order that promotes the equality between men and women at the point of domestic violence or at familiar area, in the Brazilian reality. But, with the new configurations of new families for the social behavior, it remains a doubt about the application of this Law also to men, which affects the legal base of the affirmative action.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law 11.340/2006, Inequality, Gender, Male same-sex relationships, Domestic violence

[1] Graduação em Direito pela UNIVEM (1987), Mestrado em Direito pela Unesp (2000) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006).

[2] Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP. Especialista pelo Curso de Alta Formação da Università di Pisa, na Itália. Graduado pela UENP.

INTRODUÇÃO

A violência é um fenômeno que acompanha a formação e a vida em sociedade. Ela está presente em quase todas as formações e demonstrações do comportamento social e se demonstra como uma forma de manifestação de costumes e interessa o ordenamento jurídico para que este possa retomar a harmonia que aquela causa quando esta ocorre. Dentre as possíveis formas de violência, existe aquela que ocorre em âmbito familiar ou em unidade doméstica, que usa dos laços afetivos ou consanguíneos de uma família – com a noção de segurança – para esconder uma ordem caótica de submissão e hostilidade dentro da sociedade.

Nestes termos, a mulher, com sua característica peculiar e simples de ser mulher, sofre com essa classificação da violência, por questões culturais e sociais enraizadas na cultura e antropologia da sociedade brasileira, conforme demonstram os números[1]. Diante desses fatos, é difícil que se consiga manter a igualdade material entre homens e mulheres para a integridade de seus direitos e de princípios constitucionalmente lhes asseguradas. Assim, a comunidade internacional recomendou mudanças dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e este respondeu com a Lei Maria da Penha.

Contudo, com a vinda da referida lei e com a abordagem da mesma às novas famílias, com conteúdo aberto às mudanças comportamentais, muito se questiona sobre a aplicação da Lei e seus instrumentos que nela contém para também outros tipos de relações igualmente domésticas ou em âmbito familiar. O discrímen da lei é claro e destinado à mulher, por toda a carga histórica e cultural de sua crescente relação com essa modalidade de violência, assim, aplica-lo também para homens, mesmo que estes tenham uma relação afetiva, doméstica e familiar não parece certo em termos da própria base legal da ação afirmativa em questão. O objetivo, então, da pesquisa é demonstrar que a utilização da referida lei para casos que não correspondam ao discrímen legal afronta a fundamentação técnica da ação afirmativa.

Assim, justifica-se o presente trabalho na conduta de encarar as leis também com suas finalidades sociais de existência, a fim de demonstrar suas características inerentes a sua criação, a fim de não atropelar conquistas e tutelas dentro do ordenamento jurídico. Uma vez

[1] Cf. WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília, DF: Flacso Brasil, 2015.

que não tutelar uma vítima masculina pela Lei Maria da Penha não é esquecê-lo juridicamente, mas não utilizar de instrumentos errados para uma ação que corresponde a outro tipo de tutela jurídica.

Assim, o método escolhido fora o hipotético-dedutivo para a busca de uma solução, perpassando a temática pelas suas tentativas de solução, e solucionando assim os possíveis erros que elas apresentarem.

1 A lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) no ordenamento jurídico brasileiro e a violência doméstica como fenômeno social

A Constituição Federal, dentre tantos proclames de igualdade e liberdade que trouxe na sua redação em 1988, determinou a equiparação do homem e da mulher em âmbito matrimonial de direitos e deveres[2]. Contudo, mesmo que esteja em ordem constitucional, tal equiparação, uma onda de obediência e submissão (VIANA, ANDRADE, 2007, p. 13) que sempre colocou a mulher em situação inferior à figura patriarcal e machista.

Ainda com o passar dos anos, mas integrado à cultura social, "a sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem de superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade" (DINIZ, 2010, p. 19). De tal modo, que precisou o Estado agir em torno da situação para garantir às mulheres questões internacionalmente garantidas e discutidas sobre violência e condição digna de existência.

Sobre a violência, não se pode deixar de mostrar seu papel nas mais cruéis e basilares formações de princípios e conceitos da vida social. Sobre isso,

> Ninguém que se tenha dedicado a pensar a história e a política pode permanecer alheio ao enorme papel que violência sempre desempenhou nos negócios humanos, e, à primeira vista, é surpreendente que a violência tenha sido raramente escolhida como objeto de consideração especial. ... Isto indica quanto a violência e sua arbitrariedade foram consideradas corriqueiras e, portanto, negligenciadas; ninguém questiona ou examina o que é óbvio para todos. [...] Quem quer que tenha procurado alguma forma de sentido nos registros do passado viu-se quase que obrigado a enxergar a violência como um fenômeno marginal. (ARENDT, 2009, p. 23)

[2] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Assim, pode-se concluir da estrita relação da violência[3] com a evolução e construção da identidade social. Permanece-se próximo à história da sociedade com atos de terrorismo e de medo, que menosprezam a integridade do outro. Considerada até mesmo uma "questão nacional" no Brasil, quando sua propagação também caracteriza as necessidades da mídia ou de fantasiar os problemas da classe média (OLIVEN, 2010, p.12).

A violência, assim, persiste na história do país com diferentes enfoques e apresentações na sua manutenção. Segundo o Conselho da Europa, na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica de 2011,

> "violência doméstica" designa todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infrator partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima (2011).

Assim deste fragmento de definição da Convenção, pode-se concluir que a situação do país se encaixa na fenomenalidade da ideia da violência e também da preocupação jurídica de preservar as relações e afetividades que ocorrem dentro do lar. Para preservar a vida e outros bens diletos ao ordenamento jurídico, elaborou-se a Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, também em acordo com os tratados internacionais e acolhimento do país a propostas e medidas de direitos humanos que foram internacionalmente admitidas.

Na ótica internacional dos direitos humanos, a ideia de violência também preocupa e demonstra sentido de conquista de direitos sobre tal fenômeno. O Relatório 54/2001, da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao analisar o caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil indicou diversas recomendações para o país de acordo com a Conferência de Belém e os próprios postulados e regras de direitos humanos universais. Eles garantem a mulher uma vida digna e também seu respaldo a garantias internacionalmente asseguradas aos indivíduos.

Fora as recomendações peculiares ao caso, a CIDH recomendou ao país medidas abstratas a fim de erradicar e diminuir a violência doméstica contra a mulher, que pela

[3] "Um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror" (CAVALCANTI, 2007, p. 29).

estatística demonstrou ser uma vertente comum na sociedade brasileira. Assim, explicitaram-se medidas como:

> a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos, unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Dessa forma, o relatório acima referido trouxe a tona para a discussão do Poder Legislativo, números sobre a violência doméstica contra a mulher e a métodos eficazes de como abordá-los e consequentemente modifica-los. O número de mulheres violentadas em 2015, pelo Mapa da Violência do mesmo ano, marca 198.036 mulheres atendidas pelo SUS vítimas de algum tipo de violência no âmbito familiar e doméstico.

> A violência contra a mulher não é um fato novo. Pelo contrário, é tão antigo quanto a humanidade. O que é novo, e muito recente, é a preocupação com a superação dessa violência como condição necessária para a construção de nossa humanidade. E mais novo ainda é a judicialização do problema, entendendo a judicialização como a criminalização da violência contra as mulheres, não só pela letra das normas ou leis, mas também, e fundamentalmente, pela consolidação de estruturas específicas, mediante as quais o aparelho policial e/ou jurídico pode ser mobilizado para proteger as vítimas e/ou punir os agressores (WAISELFISZ, 2015, p.7).

A lei então trazida nesse rol de acontecimentos e fatos e internacionalmente pressionada para a sua criação, começaram os juristas e aplicadores do Direito questionar sobre a constitucionalidade da referida lei. Em termos técnicos e necessários para a construção de uma sociedade pautada em princípios de igualdade e liberdade, entende-se que é constitucional a Lei, juntamente com diversas jurisprudências com a mesma compreensão[4].

[4] APELAÇÃO CRIMINAL Nº 435.100-2, DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CASCAVEL. APELANTE: LEVINO CARLOS AUGUSTO. APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. RELATOR: JUIZ CONV. LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA. [...] Destas breves palavras, o fato que importa notoriedade é a condição da mulher no seio da família. Mesmo após a promulgação da Constituição

Alguns autores discutem a constitucionalidade da lei, como Valter Foleto Santin que aduz a lei como uma discriminação no tratamento entre o homem e a mulher, rebaixando o homem na relação entre os dois (2011), ou ainda Guilherme de Souza Nucci que declara que a lei traz algumas lacunas na ideia de retomar fatores de desigualdade no tratamento da igualdade, e assim questiona algumas interpretações como a omissão do legislador da diferença da mulher de cor e origem, na tutela da violência doméstica (2006, p. 861).

Contudo, entende-se pela via de que a lei é necessária pelos números e fatos trazidos já aqui, e entende que a diferença ocasionada pela lei não gera a desigualdade, mas busca promover a tutela constitucional frente à realidade avessada. Assim, também compreendem Helena Omena Lopes de Faria e Monica de Melo:

> O sistema geral de proteção tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Por sua vez, o sistema especial de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto de forma concreta e específica, pois determinados sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada. Importa o respeito à diversidade e a diferença, assegurando-se um tratamento especial. É certo que ao adotar-se o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, visando a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais, constituindo a sistemática internacional como garantia adicional de proteção, instituindo mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omisso na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais (1998, p. 373-374).

Federal de 1988, que consagrou as igualdades formal e material entre os cônjuges, em não raros casos, à mulher era reservada uma posição de inferioridade na família, inclusive sendo subjugada e submetida à violência em suas mais variadas formas. Consigne-se que tal situação é inadmissível, mormente em um Estado Democrático de Direito, cujo mote principal é a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Deste modo, em que pese a dificuldade de determinação deôntica do termo 'dignidade da pessoa humana' dada a densidade axiológica que comporta a expressão, percebe-se muito mais cristalina sua definição quando de sua violação do que quando da tentativa de conceituação. [...] O que se pretende, na verdade, com este breve arrazoado é evidenciar a flagrante violação do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos de violência doméstica perpetrado contra a mulher. Ora, quando uma mulher é agredida, quer física ou psicologicamente, a sua dignidade, entendida aqui como qualidade intrínseca da pessoa humana, é vilipendiada, espezinhada e aviltada, quedando, portanto, tal conduta na contramão de todos os conteúdos axiológicos propostos pela nossa Carta Magna, que prega a efetivação daquela e não o seu menoscabo. [...].
TJMG, Conflito de Competência Processo nº 1.0000.07.457576-2/000 Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Relator do Acórdão: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 05/12/2007: EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. I - A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis socioculturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. II - As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságuem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. III - O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla.

E, por fim, Maria Berenice Dias, coroa a discussão com seu fragmento, dizendo que:

> Leis voltadas a parcelas da população merecedoras de especial proteção procuram igualar quem é desigual, o que nem de longe infringe o princípio isonômico. (...). Aliás, é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. Para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável. E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada... (2007, p. 55-56).

A Lei Maria da Penha trouxe, dentre outras coisas, uma preocupação concretizada com a realidade da violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa postura demonstra uma preocupação com os direitos humanos, mas com as novas formações familiares do país, a sua aplicação fica cada vez mais questionada e pendente a interpretações para sua futura efetividade.

2 O referencial de gênero para aplicação da Lei Maria da Penha e as novas entidades familiares constitucionalizadas brasileiras

Os conceitos de igualdade e liberdade devem ser vistos como princípios constitucionais decorrentes da dignidade humana[5]. E assim, por ser este o pilar da Constituição democrática, é coerente dizer que devem ser analisados e defendidos pelo Estado para garantir a eficácia de suas leis.

Sobre a liberdade, verifica-se o livre-arbítrio de escolha de cada um. E também a permissão que a lei propor ao individuo de se manter com suas peculiaridades, mas mantendo a ordem social[6]. E sobre a igualdade, há de se lembrar, também, da lição de que ela não é uma

[5] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

[6] A liberdade como autodeterminação, ao contrário, é geralmente atribuída, no discurso político, a uma vontade coletiva, seja essa vontade a do povo, da comunidade, da nação, do grupo étnico ou da pátria: isso significa que, para a teoria política, o problema historicamente relevante não é tanto o da autodeterminação do indivíduo singular (que é problema teológico, filosófico ou moral), mas antes o da autodeterminação do corpo social do qual o indivíduo faz parte. Com efeito, é significativo que, para a primeira liberdade, empregue-se frequentemente a fórmula liberdade em face do Estado, que chama a atenção para a liberdade do indivíduo em relação ao Estado, enquanto, para a segunda, empregue-se a fórmula liberdade do Estado, onde o sujeito da liberdade é o ente coletivo Estado. As teorias que sustentam essa liberdade, começando pela de Rousseau (que é

"ilha" e está conectada com os outros princípios de modo a valorar e caracterizar criticamente a situação que se encontra (MIRANDA, 2003, p. 290).

Mesmo que determinada juntamente com a liberdade, como pilares da formação da democracia, é mais complexo de estabelecer um critério quanto à igualdade. Liberdade, simplistamente, é fácil de compreender, de acordo com as escolhas de cada um. Já para a igualdade, e prezar por ela, sempre se faz necessária a comparação e determinação concreta do conceito.

> Mais precisamente: enquanto a liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa (não importa se física ou moral) e, portanto seus diversos significados dependem do fato de que esta qualidade ou propriedade pode ser referida a diversos aspectos da pessoa, sobretudo à vontade ou, sobretudo à ação, a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Tanto isso é verdade que, enquanto *X é livre* é uma proposição dotada de sentido, *X é igual* é uma proposição sem sentido, que, aliás, para adquirir sentido, remete à resposta à seguinte questão: *igual a quem?* (BOBBIO, 2004, p.12).

A igualdade dentro desse contexto é mais coletiva, que supostamente individual. Ao contrário da ideia subjetiva daquilo que pode ser coerente e digno para um indivíduo e não para outro, a igualdade vem da comparação de um ao outro, de um a uma classe, ou de uma classe a outra. "É muito mais apropriado definir a igualdade como 'tratar os indivíduos como iguais' do que tratar os indivíduos igualmente" (GODOI, 1999, p.106).

Quando analisa a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Bobbio declara sobre o primeiro artigo que diz que "os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos" que:

> [Eles] são livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam em estado de natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser (2004, p.18).

E para essa noção de igualdade, de acordo com o fragmento apresentado acima, ainda têm-se as leis que a determinam com caráter constitucional e principiológica em relação às demais. Assim, não há como passar ilesa a identificação de um atentado a igualdade, na democracia em que se presume o país atualmente.

---

paradigmática) e terminando com a de Hegel, têm uma concepção não atomista e sim orgânica da sociedade; além disso, têm como objetivo não a liberdade dos indivíduos singulares, mas a liberdade do todo (BOBBIO, 1997, p. 108-109).

> A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todos assimilados pelos sistemas normativos vigentes. (BANDEIRA DE MELLO. 2005, p.10)

A igualdade, no Brasil, "enraizada pela tradição jurídica continental" (RIOS, 2001, p. 67) dentro do campo conceitual e acadêmico, se divide em duas nomenclaturas. A igualdade formal e a igualdade material são os nomes que a doutrina aponta nesta dicotomia. A primeira definição de igualdade é sobre ter a presença de condições igualitárias, de fato, sobre tudo. Conceitua-se:

> "A igualdade material (para alguns autores chamada de igualdade substantiva ou substancial) é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida" (SILVA, 2003, p. 36).

Sobre isso, pode-se compreender o quão difícil é obter êxito e se efetivar um plano de atuação governamental em torno desta igualdade, visto que cada situação é diferente uma da outra e não possui uma uniformidade para nivelar traços de ação do governo ou legislações específicas frente a igualdades tão desiguais. Assim, precisou de uma nova leitura, também buscando uma igualdade entre os indivíduos, mesmo que eles sejam consideravelmente diferentes, e a busca da igualdade deverá mais atenta à realidade.

A segunda corrente doutrinária de igualdade a define como *formal* é aquela, onde:

> A regra de que todos são iguais perante a lei, ou de que todos merecem a mesma proteção de lei, entre outros enunciados expressivos da isonomia puramente formal e jurídica, traduz, em sua origem mais genuína, a exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se crie tratamento diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato. Impede, em suma, que o legislador trate desigualmente os iguais. (CASTRO, 1983, p.35-36).

É aquela chamada de "igualdade diante da lei" (HESSE, 1998, p. 330). Mesmo que a lei promova uma igualdade dentro de seus dispositivos, a real igualdade não é efetiva. Sendo assim, não se observa a igualdade material junto com a formal. Isso se consolida em parcelas minoritárias, como veremos, mais adiante no tratamento das minorias.

Para ser a igualdade um real pilar da democracia, as duas vertentes doutrinárias devem ser simbióticas, a fim de que tracem um perfil uno para a sociedade[7].

> Seria anacrônico e contrafático supor que as dimensões da igualdade são temporalmente sincrônicas, por isso quando afirmamos a ocorrência da "igualdade formal", não nos referimos a outra coisa que ao conceito liberal de igualdade, e, ao seu turno, quando falamos de "igualdade material", nos referimos a sua dimensão democrática e social, ou seja, observamos no âmbito das ocorrências uma maior proximidade entre o esperado e o acontecido (ALVES, 2013, p. 258).

E assim, analisa-se a igualdade separada, em questões filosóficas, mas na realidade, não se entende mais essa dicotomia. Contudo, para que ela ocorra no plano da realidade, é o Estado Democrático quem deve buscar ações que afirmem a democracia e seus princípios constitucionais, tais como a liberdade, igualdade ou da dignidade humana, como um todo.

> A tutela fundamental não é mais a propriedade privada e sim a dignidade da pessoa humana como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir através da limitação jurídica do Estado. Exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais (TABORDA, 1998, p. 257).

Tais intervenções são chamadas de ações afirmativas[8]. Para que a igualdade não se torne apenas uma máscara de utopia na realidade da sociedade, fora necessária além da criação, a obrigação de ações afirmativas do governo para minorias, longe do patamar igualitário proposto.

> [...] *ação afirmativa* passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais (SILVA, 2003, p.63).

---

[7] "Desdobramentos jurídico-normativos mais específicos do princípio da igualdade – quando se promovem distinções com o intuito de se chegar a uma igualdade real – não deixam de ser, para o Direito, consagrações textuais, simbólicas, em alguma medida. Sendo assim, pode-se afi rmar que tanto a igualdade formal quanto a material correspondem à igualdade de direito. Porém é certo que o Direito precisa ter apelo prático. Norma jurídica que não tem as mínimas condições de ser aplicada na prática não chega a ser norma, não funciona." (ROTHENBURG, 2008, p. 85).

[8] "O termo ação afirmativa chega ao Brasil carregado de uma diversidade de sentidos, o que em grande parte reflete os debates e experiências históricas dos países que foram desenvolvidas. A expressão tem origem nos Estados Unidos, local que ainda hoje se constitui como importante referência no assunto. Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reinvindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos" (MOEHLECKE, 2002, p. 198).

Deve-se ressaltar que tais medidas não buscam ou congratulam o reconhecimento integral dos direitos da classe vulnerável, elas são maneiras de adequar a minoria ao contexto que a sociedade se encontra (ROTHENBURG, 2008, p. 83). A luta é longa para que se possa identificar e construir uma realidade tentando promover a melhor maneira de entregar a dignidade humana àqueles com menos direitos e menos chances igualitárias[9].

> [...] o mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado desarrazoado; bem como abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo na relação fática e concreta entre pessoas busca efetivar uma igualdade real (SILVA, 2003, p. 75).

Sobre o trecho acima, a interpretação do princípio junto com as ações afirmativas fará com que essa igualdade seja cada dia mais verdade e efetiva, e que consiga sair apenas do campo abstrato da Constituição. E fazer com que a Lei trouxesse a efetividade da igualdade contida na Constituição, recomendada pela Corte Interamericana e necessária pelo viés dos Direitos Humanos para a polução feminina, que sofre com a violência doméstica e/ou em âmbito familiar.

Segundo Karina Melissa Cabral, "o que falta para uma diminuição da desigualdade de gênero e da violência contra a mulher é uma maior efetividade para essas previsões legais, ou seja, que sejam cumpridas a despeito da cultura patriarcal ainda dominante em nosso país" (2004, p. 167).

Assim, é que se discute a partir de agora a eficácia da Lei Maria da Penha como um instrumento, de caráter de ação afirmativa, voltado ao seu problema intrínseco legal: a violência de gênero à mulher e a determinação da titularidade da lei penal dentro do ordenamento jurídico.

> O conjunto de ideias que deu suporte e substância a essa expressão foi elaborado a partir de uma compreensão particular acerca da opressão sofrida pelas mulheres no âmbito do Patriarcalismo – noção sintonizada com as discussões feministas em cenário internacional. Gênero não era a categoria empregada nessa definição e a condição feminina tinha seu significado articulado a pressupostos universalizantes, como a idéia de que a opressão é uma situação partilhada pelas mulheres pelas circunstâncias de seu sexo, independentemente do contexto histórico ou cultural observado (DEBERTI; GREGORI, 2007, p. 168).

[9] São medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório, buscando a pluralidade e diversidade sócia (CUNHA; PINTO, 2014, p. 45).

Sobre isso, convém analisar neste ponto da discussão no trabalho, a questão de gênero e como é descrita a vítima na questão legal, da lei referida aqui. Gênero é "um conceito das Ciências Sociais que surge enquanto referencial teórico para análise e compreensão da desigualdade entre o que é atribuído à mulher e ao homem" (GOMES, 2007, p. 505).

> O termo "gênero" isolado tende a ocupar que o "sexo" (a definição ideológica e prática que lhe é dada) funciona efetivamente como parâmetro na variabilidade das relações sociais concretas e das elaborações simbólicas. Quaisquer que sejam os modos de articulação entre sexo e gênero, detecta-se constantemente um funcionamento assimétrico do gênero (e de suas transgressões) em função do sexo. Sem dúvida, há os gêneros "homem-mulher", mas na base inferior da escala go gênero há fêmeas: sexo social "mulher" (MATHIEU, 2009, p. 227).

Quando se vê a preocupação da lei em garantir o respaldo legal à violência doméstica contra a mulher, promove-se uma visão a favor dos papéis de gênero dentro da família, mas é preciso ficar esclarecido que essa noção se baseia no principal aspecto social e comportamental da relação dos gêneros com a cultura patriarcal, enraizado historicamente (GOMES, 2007, p. 505).

No que diz respeito ao sujeito ativo da Lei Maria da Penha, para se promover com êxito a questão da ação afirmativa para o grupo vulnerável de mulheres, há a exigência de o indivíduo ser mulher (DIAS, 2010, p.56). Expressamente, nos primeiros artigos, que compõe a parte preliminar do disposto legal traz:

> Art. 1 Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar **contra a mulher**, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Art. 2 **Toda mulher**, independentemente 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. Art. 3 Serão asseguradas **às mulheres** as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (grifo nosso).

A condição de ser mulher dentro de um âmbito familiar ou doméstico, que compreende no "espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas" (DIAS, 2010, p. 59), compreende nas classificações de não só esposas, companheiras, amantes, mas mãe, irmãs, avós, sogras, ou qualquer outro tipo de relação que tenha com um indivíduo dentro daquela casa que seja mulher, inclusive companheiras de quarto de repúblicas ou alojamento estudantil (PARODI;GAMA, 2009, p. 129).

Assim, compreende-se que a lei não traz se não a mulher, outro indivíduo ou qualidade especial peculiar sobre o seu sujeito passivo[10]. Mas, em nenhum momento, como já foi aqui explicitado, a lei demonstra limitação ao envolvimento afetivo entre o agressor e a vítima, e aqui, relacionando-se muito bem com a realidade do país e a necessidade de satisfação do Direito sobre as mudanças e comportamentos sociais, a Lei abre caminho, inovadoramente, para novas famílias construídas longe da tríade, dita tradicional, mãe-pai-filho. Assim, a Lei abarca também relações homoafetivas, famílias monoparentais e poliamor, implicando dentro de seus conceitos de âmbito familiar e doméstico. Sobre isso,

> O conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas. Quer as relações de um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas entre dois homens, todas configuram entidade familiar. Ainda que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. Ainda que a união entre dois homens não se encontre ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins, para a atribuição de todo e qualquer direito, impõe-se este reconhecimento. Basta invocar o princípio da igualdade (DIAS, 2010, p. 48).

Família, no âmbito do Direito Civil, teve que assumir uma postura mais aberta abrangendo não só vínculos de sangue, mas também outros determinantes e provenientes das novas demonstrações culturais da sociedade.

[10] "Hipótese que tem entendido a doutrina – a ponto de ser colocada em dúvida a constitucionalidade da Lei – é quando são vítimas, na mesma ação, pessoas de diversos sexos. Como, por exemplo, o pai agride um filho e uma filha. Pela agressão contra a filha, aplicam-se as medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Já pela agressão contra o filho, se a lesão for de pequeno potencial ofensivo, incide a legislação dos Juizados Especiais. Fora isso, é de ser aplicado o Código Penal. Como uma das vítimas está ao abrigo da lei especial, não há duplicidade de processos. O processo deve tramitar no Juizado de Violência Doméstica. Mas com relação a vítima masculina, aplica-se a legislação dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95). Tal possibilidade não deve gerar surpresa e muito menos levar à subsunção de uma prática delitiva à outra. Há outra possiblidade de o sujeito passivo não ser necessariamente mulher. A Lei prece mais uma majorante ao crime de lesão corporal em sede de violência doméstica (CP, art. 129, parágrafo 11): se o crime for cometido contra pessoa com deficiência. Seja de que sexo for o deficiente físico, sendo alvo de lesão corporal, a pena de seu agressor é dilatada" (DIAS, 2010, p. 58-59).

> Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins) (LOBO, 2009, p.2).

Como, por exemplo, entende Maria Berenice Dias[11], que a família é um ente personalíssimo, não pode privar o Direito regras e formatos por qualquer tipo de conveniência ou convenção que se exclua outros tipos de entidades familiares. "Percebe-se que o legislador brasileiro desprezou o afeto como fator de constituição da família e adotou o critério da modalidade de sua constituição" (BERTONCINI; SAKAGUCHI, 2012, p.277).

O questionamento que se leva esta parte do trabalho é sobre se a Lei Maria da Penha por tratar de violência doméstica em âmbito familiar abarcaria todos os episódios de violência numa entidade familiar, não levando mais em conta o seu discrímen legal de gênero para tutelar e garantir direitos às vítimas. Assim, na última parte do trabalho, analisar-se-á sobre as relações homoafetivas masculinas e as agressões ocorridas neste relacionamento, e encará-las se sabem ou não dentro dos casos da Lei 11.340/2006.

3 Aplicação da Lei Maria da Penha em relações homoafetivas masculinas e a discussão do discrímen legal sobre violência de gênero

Sobre a aplicação da Lei Maria da Penha para relações homoafetivas masculinas, é necessária, após ter perpassado o trabalho pelas questões de gênero e de entidades familiares constitucionalizadas, a retomada da questão da igualdade e liberdade, antes de encarar o discrímen da lei em questão.

> Igualdade jurídica formal é a igualdade diante da lei [...]. Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito e, ao contrário, é proibido a todas as autorizações estatais não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. (HESSE, p.330, 1998).

[11] "O direito das famílias- por estar voltado à tutela da pessoa – é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis." (DIAS, 2010, p. 35).

Conceitua Maria Berenice Dias, cunhadora do termo "direito à homoafetividade" (2000), que:

> O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluída entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. [...] Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos (DIAS (a), 2007, p.8).

Permitir que a pessoa escolha como e com quem viver é, também, demonstração do respeito à sua dignidade. "A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual é previsto no artigo 1º, inc. IIIº da Constituição [...]" (GIORGIS, 2002 apud DIAS (b), p.331, 2007). Não há relação jurídica que possa sustentar que a orientação sexual seja uma exceção à igualdade promovida por lei (DIAS (b), 2007, p.338). Posto isso, assim explica a atuação da Lei Maria da Penha para casos de relações entre duas mulheres, onde uma é a agressora e outra é a vítima, sem menosprezar o discrímen legal proposto pela ação afirmativa.

Não incentiva este trabalho a não tutela de vítimas homens pelo ordenamento jurídico em relações homoafetivas masculinas, ao sofrerem alguma violência doméstica ou em âmbito familiar. Só se questiona e afirma a não aplicação da Lei Maria da Penha por questões de respeito ao discrímen legal e a finalidade da ação afirmativa.

Em contrapartida, pelo artigo 4º da lei aqui trabalhada, promove a finalidade e promoção social da Lei, mas ainda se refere e se limita ao grupo de vulnerabilidade restrito ao gênero, de ser mulher. Algumas jurisprudências entendem também dessa forma da não aplicabilidade da Lei, mas não a não tipificação penal do caso[12]. Embora tenha algumas

[12] CONFLITO DE JURISDIÇÃO TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL Nº 70042334987 COMARCA DE PELOTAS JUIZ DE DIR DA 3 VARA CRIM DE PELOTAS SUSCITANTE JUIZ DE DIR DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE PELOTAS SUSCITADO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. VÍTIMA. HOMEM. A lei Maria da Penha foi criada para dar proteção à mulher. Quando a vítima do crime for um homem, não se aplica a Lei Maria da Penha. No caso, a imputação é de crime contra a honra do companheiro, por ter este sido ofendido sob a imputação de ter se apoderado de dinheiro da sogra. No caso criminal concretizado em juízo, é o homem que se sentiu vítima, pelas ofensas e não as mulheres (autoras das ofensas). CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.

decisões em desacordo com essa conclusão, e que, à compreensão deste trabalho não é injusta, mas incoerente[13].

"Não queremos deduzir que apenas a mulher é potencial vítima da violência doméstica. Também o homem pode sê-lo, conforme se depreendem da redação do parágrafo 9º do artigo 129 do CP, que não restringiu o sujeito passivo, abrangendo ambos os sexos" (CUNHA; PINTO, 2014, p. 35).

No documento da Corregedoria Geral da Justiça e Tribunal de Justiça, do Estado de São Paulo, na ocasião do Processo 2007/35211, o desembargador Ruy Camilo, publicou diversas conclusões aprovadas no Congresso que versou o tema "Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) - Um Ano de Vigência. Avanços e retrocessos, sob o ponto de vista prático, na opinião dos operadores do Direito", realizado no dia 12 de dezembro de 2007, e a de número 8 trazia o seguinte texto, explicita-se: "o parágrafo único do artigo 5º da Lei Maria da Penha não se estende à pessoa do sexo masculino vitimizada em relação homoafetiva". O parágrafo único do quinto artigo diz da não dependência da orientação sexual da vítima para compreender-se a violência doméstica.

Pela lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para um discrímen de uma lei seja conveniente com os princípios da igualdade num ordenamento jurídico de caráter constitucional, é necessário que a ele concorram tais elementos:

> a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente

[13] Rio Grande do Sul – Rio Pardo - Concessão de medida protetiva ao homem em face das agressões de que foi vítima por parte de seu companheiro. (RS, Proc. nº indisponível, Juiz de Direito Osmar de Aguiar Pacheco, j. 23/02/2011). O raciocínio ainda merece evolução, contudo, até por conta de que a Lei 11.340/2006 concebeu uma série de instrumentos protetivos extremamente pertinentes à pacificação social, abandonando o falido sistema do Juizado Especial Criminal, então exclusivo, de ênfase demasiada no acordo, meio mais fácil, mesmo em situações de violência, com a mínima força coativa do Estado. A mulher é inegavelmente vítima histórica da violência. O comando masculino até os dias atuais, ou ao menos até ecentemente, acabou relegando o indivíduo feminino a um papel de submissão na sociedade. Tal consideração merece ser feita para se lançar em seguida a afirmação também verdadeira de que a mulher foi vítima por ser mais fraca na posição social, na estrutura jurídica ulterior aos limites do direito de família, pelos compromissos atinentes à maternidade e, não se olvide, pela própria desigualdade física. Destarte, não é só a mulher que sofre violência. Todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o direito não pode permitir! Dessa visão do direito como mecanismo legítimo para alcance da paz social, há de se buscar o mandamento da Magna Carta de que "todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, "caput").[...]
Rio de Janeiro - Concessão de medida protetiva ao homem em face das agressões de que foi vítima por parte de seu companheiro. (RJ, Proc. nº 0093306-35.8.19.0001, 11ª Vara Criminal, Juiz de Direito Alcides da Fonseca Neto, j. 18/04/2011).

> distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferençados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação suprarreferido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 41).

Dessa forma, compreende-se que a Lei Maria da Penha com seu discrímen dedicado à diferença de gênero, pela vítima ter a característica de ser mulher, concorre os quatro elementos. São diferentes as mulheres que fazem parte do grupo vulnerável, possuem diferenças e suas peculiaridades. Existe uma função cultural e social por essa necessidade de ação afirmativa para a promoção da igualdade e a violência doméstica se apresenta como um fato na realidade brasileira.

O conflito de competência que diz os julgados não determina o esquecimento perante ao ordenamento jurídico de alguma vítima masculina que sofrer violência doméstica ou em alguma entidade familiar. Mas, é a demonstração ao respeito ao discrímen legal que demonstra que essa ação afirmativa é restrita às mulheres, pelas questões aqui discutidas e que há outras tutelas para o homem que sofre alguma violência, de modo geral, não específico.

CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou que a Lei Maria da Penha, influenciada pelo contexto internacional para sua criação, bem como a realidade social encontrada na sociedade brasileira, arraigada nas questões históricas e culturais que demonstram a necessidade de uma ação do Estado para promover a igualdade material entre homens e mulheres, funciona como uma ação afirmativa voltada para a vulnerabilidade de gênero, não podendo, portanto, ser aplicada para casos em que homens são as vítimas, mas não retirando a possibilidade da tutela do ordenamento para tais casos.

Em nenhum momento, pretende-se deixar à impunidade ou à marginalização casos em que homens sejam violentados em âmbito familiar ou em unidade doméstica, mas o que se tem em conclusão da premissa do presente trabalho é que o instrumento legal para conseguir a resposta do ordenamento jurídico neste caso, não é por essa ação afirmativa baseada num

discrímen de gênero, mas sim, nas normas gerais de direito penal e direito processual penal contidas no ordenamento jurídico.

A violação da isonomia promovida pelo discrímen contido na ação afirmativa sempre será restritivo pois, ao contrário, seria regra geral e isonômica à todos e, é justamente o que a ação afirmativa não o é, razão pela qual alcança somente os expressamente designados em seus termos. A proteção especial da ação afirmativa protege o grupo vulnerável designado e aos demais o sistema jurídico geral.

Não respeitar o discrímen legal, que viola em tese a isonomia, de uma norma ou algum dispositivo legal é como violar o seu próprio conteúdo técnico, uma vez que este faz parte da sua concepção e da sua hermenêutica durante a aplicação. Assim, para os grupos vulneráveis aplica-se ação afirmativa, para os demais casos a regra geral, e como consequência, todos gozam de proteção jurídica pelos meios adequados oferecidos pelos sistema, garantindo-se a aplicação dos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do Direito**: a nova fundamentação do direito das minorias. Núbia Fabris Editora, 2010.

_____. **Constituição e participação popular**: A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental. Editora Juruá. 2013.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERTONCINI, Carla; SAKAGUCHI, Waldizia Marques Osti . Entidades familiares constitucionalizadas e a união homoafetiva. In: Dirceu Pereira Siqueira; Murilo Angeli Dias dos Santos. (Org.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2012,.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (Tradução Carlos Nelson Coutinho) Nova ed. - 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: De Direito, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O principio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de janeiro: Forense, 1983.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica**. Análise da Lei Maria da Penha, 11.340/2006. Salvador: Juspodivm, 2007.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, **Relatório 54/01,** Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica**.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 5ª. Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. **Violência e gênero**: novas propostas, velhos dilemas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 23, n. 66, p. 165-185, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. A homoafetividade como Direito. In: **Novos direitos**: A essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um Estado Democrático Constitucional de Direito na contemporaneidade brasileira. Org. Mauro Nicolau Júnior. Curitiba: Editora Juruá. 2007.

_____. **Homoafetividade e o direito a diferença** (texto de opinião). 2007 b. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf

_____. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Monica de. **Direitos humanos**: construção da liberdade e da igualdade. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. São Paulo: Centro de Estudos, 1998.

GODOI, Marciano Seabra de**. Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

GOMES, Nadielene Pereira et al. **Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias gênero e geração.** Acta Paul Enferm, v. 20, n. 4, p. 504-8, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Constituição e cidadania**. Coimbra (Portugal): Coimbra editora, 2003.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa**: história e debates no brasil. São Paulo: USP/Cadernos de Pesquisa, n.117, novembro/2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEN, Ruben George. A violência como mecanismo de dominação e como estratégia de sobrevivência. In: **Violência e cultura no Brasil** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha**: Comentários à Lei 11.340/2006. Campinas: Russel, 2009.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.

ROTHENBURG, Walther Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva**: o princípio da isonomia. In. Revista Novos Estudos Jurídicos. Volume 13, n. 2. jul - dez/2008.

SANTIN, Valter Foleto. **Igualdade constitucional na violência doméstica**. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594.

SCHRAIBER, L. B., D'OLIVEIRA, A. F. L. P. **Violência contra mujeres**: Interfaces con la Salud, Interface _ Comunicação, Saúde, Educação, v.3 , n.5, 1999.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

TABORDA, Maren Guimarães. **O principio da igualdade em perspectiva histórica**. Revista de direito administrativo, São Paulo, vol. 211, pp. 256-262. 1998

VIANA, Karoline; ANDRADE; Luciana. Crime e Castigo. in. **Leis e Letras**: Revista Jurídica, nº 6, Fortaleza, 2007.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília, DF: Flacso Brasil, 2015.