

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/12/2012

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/34374-eem-busca-de-uma-sociedade-aberta-dos-intérpretes-da-constituição-lei-maria-da-penha-e-direitos-da-personalidade-uma-contribuição-para-o-reconhecimento-das-uniões-homoafetivas-e-do-planejamento-familiar>

Autori: Rogério Sato Capelari, Diego Prezzi Santos

Eem busca de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, lei maria da penha e direitos da personalidade: uma contribuição para o reconhecimento das uniões homoafetivas e do planejamento familiar

**EEM BUSCA DE UMA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉPRETES DA
CONSTITUIÇÃO, LEI MARIA DA PENHA E DIREITOS DA PERSONALIDADE:
UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES
HOMOAFETIVAS E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR**

Rogério Sato Capelari¹

<http://lattes.cnpq.br/4726181643915483>

Diego Prezzi Santos²

<http://lattes.cnpq.br/9132037314487051>

RESUMO: Breve análise da Lei Maria da Penha que combate a violência doméstica contra as mulheres no âmbito familiar, seus mecanismos de coibição e prevenção à violência, as inovações de suas medidas de assistência e proteção bem como o reconhecimento de que a violência doméstica encontra-se inserida num sistema de proteção dos direitos humanos. Aponta que leituras gramaticais das legislações vigentes estão divorciadas de um Estado Democrático e Social de Direitos e que os artigos das leis devem ser interpretados a partir do contexto atual da norma dentro de seu tempo. Analisa a orientação voltada para a persecução do princípio da dignidade da pessoa humana ao inserir em seu texto a proteção a todos os tipos de orientação sexual, que simbolizam uma relação homoafetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Direitos da Personalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Uniões Homoafetivas; Interpretação Constitucional.

**SEEKING OF A PUBLIC COMPANY OF INTERPRETING OF CONSTITUTION,
MARIA DA PENHA LAW PERSONALITY AND RIGHTS: A CONTRIBUTION TO
THE RECOGNITION OF HOMOSEXUAL UNIONS AND FAMILY PLANNING**

ABSTRACT: Brief analysis of the Maria da Penha Law to combat domestic violence against women in the family, their mechanisms of deterrence and prevention of violence, the innovations of its assistance and protection measures as well as the recognition that domestic

¹ Mestrando do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Coordenador do Programa de Graduação em Direito da Faculdade Catuaí; Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR; Especialista em Direito Penal e Processual pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Graduado pelo Centro Universitário Filadelfia – UNIFIL.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES). Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado Criminal.

violence is inserted a system of human rights protection. Readings grammatical points that current regulations are divorced from a Democratic and Social Rights and the articles that the laws should be interpreted from the norm within the current context of his time. Analyzes the orientation toward the pursuit of the principle of human dignity to enter your text in the protection of all types of sexual orientation, which symbolize a homosexual relationship.

KEY-WORDS: Fundamental Rights, Rights of Personality; Dignity of the Human Person; Homosexual Unions; Constitutional Interpretation.

SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES; 2 ANÁLISE DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA; 3 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS; 4 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO ; CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei Maria da Penha, considerada um divisor de águas no cenário jurídico do País em relação à luta pela prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, trouxe em seu bojo medidas e benefícios significativos e de vigência imediata à mulher. Representa uma resposta ao absoluto descaso com que sempre foi tratada a violência doméstica.

Para analisar essa amplitude fora feita prospecção doutrinária e legal com o uso do método bibliográfico focado em obras clássicas sobre direitos e estudos recentes acerca da Lei Maria da Penha, além de pesquisas e apontamentos que se arvoram no método dedutivo.

Avistou-se a origem da Lei Maria da Penha e será apresentada a nova legislação, atendendo à recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher encontra-se divorciada de um passado não muito distante em que a mulher, ser inexpressivo, talhada para acatar ordens dentro do ambiente familiar era, e continua sendo, vítima de violência doméstica, seja física, psicológica ou violência verbal.

A criação de mecanismos legais para coibir e prevenir esses tipos de violência doméstica tão enraizada em nossa sociedade atende, mesmo que tardiamente, aos princípios, direitos e garantias fundamentais de nossa Carta Magna.

Tão importante quanto à edição e cumprimento da Lei 11.340/06 é o seu entendimento. É preciso que se entenda, que se compreenda qual é a exata intenção do legislador ao elaborar a lei.

E nessa exata compreensão de seu conteúdo se verifica que a proteção à mulher vai além da mera proteção: ela protege a mulher que, independente de sua orientação sexual, constitui a nova realidade da família homoafetiva.

Em seu bojo, será analisado se a lei protege e promove essa nova entidade familiar, cuidando para que seus integrantes estejam amparados pelos direitos fundamentais da raça humana, afastando toda e qualquer forma de discriminação.

É necessário entender o real alcance de seus artigos, moldando-os ao contexto atual, procurando, sempre, a melhor compreensão ao fim que foi criada: proporcionar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, independente de sua orientação sexual.

1 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES

Maria da Penha Maia Fernandes, cearense, de profissão farmacêutica, mãe de três filhas, protagonizou um caso simbólico de violência doméstica e familiar contra a mulher. Seu marido, Marco Antonio Heredia Viveiros, professor universitário de Economia, pai de suas filhas, de temperamento agressivo e violento, constantemente a agredia na constância de sua relação matrimonial. Por temor, Maria da Penha não tomava a iniciativa de separar-se.

Em maio de 1983, Maria da Penha é vítima de tentativa de homicídio por parte de seu marido. Agindo premeditadamente, Heredia Viveiros tenta convencê-la a fazer um seguro de vida tendo-o como favorecido e obriga-a a assinar o documento de venda de seu veículo.

Segundo a denúncia e os anexos apresentados pelos petionários, o Senhor Viveiros disparou uma arma de fogo contra sua esposa enquanto ela dormia. Ante o temor, e para evitar um segundo disparo, a Senhora Fernandes ficou estirada na cama simulando estar morta; entretanto, ao chegar ao hospital se encontrava em estado de choque e tetraplégica em consequência de lesões destrutivas na terceira e quarta vértebras, entre outras lesões que se manifestaram posteriormente.³

Heredia Viveiros foi encontrado na cozinha gritando por socorro, alegando um assalto e dizendo que os assaltantes haviam fugido pela janela.

Maria da Penha ficou internada durante quatro meses. Em seu retorno ao lar, estava tetraplégica.

³ FERNANDES, Maria da Penha. **Sobrevivi, posso contar.** Fortaleza: Edição do autor, 1994, pgs. 29-30.

Segundo declarações da vítima, no segundo fim de semana após seu regresso de Brasília, o Senhor Viveiros lhe perguntou se desejava tomar banho e, quando ela se achava embaixo do chuveiro, sentiu um choque elétrico com a corrente de água. A Senhora Fernandes se desesperou e procurou sair do chuveiro, enquanto seu esposo lhe dizia que um pequeno choque elétrico não podia matá-la. Manifesta que nesse momento entendeu por que, desde seu regresso, o Senhor Viveiros somente utilizava o banheiro de suas filhas para banhar-se.⁴

A partir deste momento, Maria da Penha Maia Fernandes tomou a decisão de separar-se judicialmente.

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos – OEA – sediada em Washington, Estados Unidos da América, recebe o caso de Maria da Penha que alega que a justiça brasileira havia tardado mais de quinze anos sem chegar à condenação definitiva de Heredia Viveiros, responsabilizando o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos acata a denúncia, pela primeira vez, de um crime de violência doméstica, iniciando uma série de investigações sobre o andamento do caso na esfera judicial brasileira. Em abril de 2001 o Brasil foi condenado pela OEA a definir uma legislação adequada a esse tipo de violência.

2 ANÁLISE DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA

A Lei Maria da Penha – como legislação que centra seus escudos protetores nas mulheres - objetiva proteger diversas facetas e expressões da pessoa humana.

Nota-se, conforme afirmam José Sebastião de Oliveira e Eduardo Vera-Cruz Pinto, que a proteção, que antes era tida como proteção de suas representatividades sociais, passou a ser focalizada no ser, na pessoa e em suas expressões, dimensões, desejos e características.⁵

Passou-se a tutelar direitos ínsitos do ser, os chamados direitos da personalidade.

Estes direitos que compõe o ser devem ser vistos sob o manto da unidade, conforme ensina Elimar Szaniawski⁶, não se podendo simplesmente separar imagem de saúde e

⁴ Comissão Interamericana de Direitos Humanos OEA: relatório n. 54/01. Disponível em: <www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 20 nov. 2012.

⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A Pessoa Natural no Contexto da Família e a Proteção dos seus Direitos de Personalidade no Direito Romano: Aspectos de Direito Material e Processual.

Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, América do Norte, 11, nov. 2011. Disponível em:

<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/2132/1419>. Acesso em: 21 Ago. 2012.

⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: RT, 2005, p. 556/557.

integridade física de integridade psíquica. A unidade de vertentes e expressões, dessa forma, mostram o objeto de proteção dos direitos da personalidade, que é a chamada integridade psicofísica.

O mesmo autor a conceitua do modo a seguir:

[...] o direito à integridade psicofísica, visto de um modo unitário, abrange todos esses tipos e subtipos sob a mesma denominação, tutelando esses direito de uma vez só, já que a psique pertence à estrutura do indivíduo, compõe a pessoa, integrando-se à própria personalidade e a tutela do indivíduo deve-se fazer por inteiro como um todo.

Clara demonstração de que a Lei Maria da Penha adota a proteção integral da pessoa é o texto do artigo 7º que trata das violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, não descuidando o legislador com aspecto algum que merecia esse cerco:

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

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

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

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

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

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

Interessante notar que a violência, qualquer delas, afeta aspectos outras da vida íntima e das relações sociais, surgindo em onda e não com represamento de qualquer sentimento decorrente de um ato de agressão.

A amplitude da tutela abarca, ainda, a não discriminação, o não preconceito, a liberdade religiosa e sexual, a liberdade educacional, bem como segurança, lazer, cultura, moradia, esporte, acesso à justiça, cidadania entre outros:

Art. 2º 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. 3º 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.

O exercício de direitos e de opções da pessoa é alvo de proteção da Lei n. 11.340 de 2006 visando materializar o fundamento da República da Dignidade Humana e, com isso, concretizar a integridade ampla, que á a psicofísica, da qual é, todo homem e mulher, dotado.

No entanto, é preciso salientar que não há, nestas normas, como se pode perceber do texto, restrição legal, o que caracteriza cláusula aberta de proteção. Fora utilizada a técnica da tipicidade aberta, a qual garante expansão dos direitos e uso de disposições civis, constitucionais e internacionais, conforme assevera José Sebastião de Oliveira:

A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; os tipos reconhecidos, socialmente, e conformes com a cláusula geral.⁷

Consoante César Fiуza⁸, o Brasil adota uma teoria de que os direitos da personalidade estão em rol exemplificativo ligado à Dignidade e a outros valores de máxima importância humano:

⁷ MOTTA, L., OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito da personalidade e dano moral nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, América do Norte, 7, out. 2007. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/524/382>. Acesso em: 23 Ago. 2012.

⁸ FIУZA, César. Direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7>. Acesso em ago 2012.

Há de se estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica⁹.

Esse novo panorama jurídico, centrado da pessoa, permite e impõe a proteção da pessoa em todos os direcionamentos de sua vida, incluindo, conforme consta dos artigos 2 e 3, a orientação sexual.

3 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A Lei 11.340/06 – denominada de Lei Maria da Penha – cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas de assistência e proteção, determinando ao poder público o desenvolvimento de políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁰

Nas palavras de Wânia Pasinato:

[...] é resultado desse longo processo histórico de construção social do problema da ‘violência contra as mulheres’ e traz em seu texto várias marcas reveladoras dos embates políticos travados pelos movimentos de mulheres e feministas para a conquista da cidadania que contemple as especificidades das diferenças de gênero.¹¹

Várias são as inovações legislativas trazidas pela lei, merecendo destaque os artigos 1º. a 4º. em que o governo brasileiro firma compromisso em prevenir e coibir a violência contra as mulheres fazendo cumprir os ditames da Carta Magna e da Convenção de Belém do Pará, traduzindo um reconhecimento de que a violência doméstica de que trata a lei está inscrita num sistema de proteção dos direitos humanos devidamente explicitado no art. 6º.¹²

Visualiza-se uma ampliação da definição da violência contra as mulheres bem como um conjunto de medidas visando proteger e dar assistência às mulheres vítimas de

⁹ FIUZA, César. Direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7>. Acesso em ago 2012.

¹⁰ Arts. 1º. ao 4º. da Lei 11.340/06.

¹¹ PASINATO, Wânia. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 16, n. 70, p. 321-360, jan./fev., 2008.

¹² Art. 6º. A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

violência doméstica e familiar e a prevenção de novos atos.¹³ “Estas medidas refletem a compreensão de que a violência contra as mulheres não pode ser tratada isoladamente como um problema de justiça criminal”.¹⁴

Destaca-se ainda, o art. 7º e incisos que definem os diversos tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher, expondo uma série de condutas, algumas integrando tipos penais; a proibição da aplicação de prestação pecuniária de que trata o art. 17, especialmente a pena de cesta básica ou a de substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. Afasta-se, com a presença desse artigo, a impunidade decorrente da banalização da alternativa da cesta básica pelo Judiciário.

A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) com competência cível e criminal, podendo funcionar em horário noturno, definidos no caput do art. 14 e parágrafo único representa outro avanço e garante um acesso a todas as vítimas de violência doméstica e familiar.

As medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22, 23 e 24, que como verdadeiras medidas cautelares, devem preencher os dois pressupostos básicos consistentes no *periculum in mora e fumus bonis iuris*.

Importante inovação também se faz presente com a assistência judiciária, conforme preceitua o art. 27, devendo a vítima estar sempre acompanhada de advogado ou Defensor Público em todos os atos processuais.

O atendimento multidisciplinar à mulher vítima de violência doméstica e familiar encontra amparo legal nos artigos 29, 30, 31 e 32 demonstrando que, a respeito da observância e cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana o legislador procurou dar tratamento nas áreas de psicologia, serviço social, jurídica e de saúde que completem um atendimento humanizado à vítima, bem como a todos os envolvidos na violência doméstica e familiar.

Basta um rápido exame para constatar que a nova legislação traz várias e substantivas inovações para o tratamento judicial da violência contra as mulheres. Como exemplos destacam-se: a definição de violência contra a mulher que é enunciada de forma ampla e inscrita num sistema de proteção dos direitos humanos; a previsão de um conjunto de medidas de proteção que reiteram a compreensão de que a violência contra as mulheres não pode ser tratada isoladamente como um problema de justiça criminal e a incorporação de medidas de caráter preventivo e de educação como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social do comportamento violento e a discriminação baseada no gênero.¹⁵

¹³ PASINATO, op. cit., p. 332.

¹⁴ PASINATO, op. cit., p. 332.

¹⁵ PASINATO, op. cit., p. 323-324.

Assim, a edição da Lei 11.340/06 situa o Brasil entre os dezoito países latino-americanos que possuem em sua legislação uma lei específica para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, representando um avanço do país e de sua sociedade em busca de um respeito efetivo ao princípio da dignidade da pessoa humana e a derradeira intenção em efetivar o fundamento constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, divorciada de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sempre à luz da promoção do bem de todos.

Desta feita, comprometidos na busca de uma sociedade livre, justa e solidária é que se impõe aos poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário -bem como de toda a sociedade, uma interpretação conforme a Constituição pois, atualmente, sob a égide de um Estado Democrático e Social de direitos, em que a busca e a defesa pelo pleno desenvolvimento do indivíduo devem ser almejadas à exaustão, as leis não podem ser interpretadas de forma fechada, ao pé da letra, sem antes observar-se o real significado da norma dentro de seu tempo.

Dessa maneira, é necessário que se entenda que a Lei nº 11.340/06 traduz a clara intenção do legislador em conceder uma maior e efetiva proteção à mulher vítima de violência doméstica ou familiar. A Lei Maria da Penha é o resultado de uma preocupação do Estado em face da mulher vítima de violência, preocupação legítima e inserida na busca por uma melhor equidade e justiça social no país.

A luta contra a violência doméstica à mulher ganha novo sentido com a nova lei, na medida em que tenta mobilizar as instituições pertencentes ao sistema judiciário, na conscientização de garantir direitos às vítimas de violência doméstica e, ao mesmo tempo, punir os responsáveis pelas agressões, incluindo-se nesse rol os maridos e companheiros, pais, irmãos e outros agressores.

Como parte de uma política criminal de combate à violência doméstica e familiar, a Lei 11.340/06 desenvolve mecanismos que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁶

Assim, diante de uma sociedade multifacetada em que seus integrantes possuem como objetivo maior a busca pela felicidade, a preocupação em conceder uma maior proteção à mulher vítima de violência doméstica ou familiar faz com que o Estado brasileiro albergue um maior leque de hipóteses possíveis de violência, quando determina na Lei 11.340/06, em

¹⁶ Artigo 3º, § 1º, da Lei nº. 11.340/06.

seu artigo 5¹⁷, parágrafo único, que “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Em outras palavras e em bom tom, a lei protege em sua esfera a família originada do casamento, a família que nasce de uma união estável, aquela que surge das relações homoafetivas ou a família monoparental, seguindo a evolução legislativa do mundo ocidental.

Esse é o reconhecimento legal do moderno conceito de família, construída por uma pluralidade de formas familiares e que solidificam e constroem suas relações baseadas no afeto. São pessoas unidas que possuem como objetivo primeiro a busca de sua felicidade, quer seja pelo afeto, quer seja por outros meios necessários à suas plenas realizações.

Assim, conforme o preceito do art. 226 da Constituição Federal, a família, não importa qual denominação seja dada ou como é constituída, formadora da base de uma sociedade, possui especial proteção do Estado, haja vista a incessante luta por uma sociedade livre, justa e solidária, pautada na constante evolução da personalidade da pessoa humana em busca de sua dignidade, não sendo motivo de escusas interpretações que tendem a demonstrar que a verdadeira constituição familiar é a formada por um homem e uma mulher.

A verdadeira proteção a que se busca é a proteção à felicidade, ao pleno desenvolvimento do ser humano enquanto sujeito portador de dignidade humana, não importando as suas preferências sexuais.

Ademais, vale dizer que o princípio da afetividade, verdadeiro pilar da constituição de novas entidades familiares, é um afeto especial no sentido exato de se constituir uma família, um afeto especial em querer bem e fazer o bem ao seu par. É o afeto aquilo que une e faz com que pessoas comunguem da mesma intenção: a de ser feliz.

Rodrigo da Cunha Pereira, feliz em suas palavras, demonstra que:

E assim, o afeto ganhou *status* de valor jurídico e, consequentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começaram a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.¹⁸

É de se observar que o afeto é a característica principal que se faz presente nas famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo e é exatamente no seio dessa família que

¹⁷ Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configure 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....; II – no âmbito da família....; III – em qualquer relação íntima de afeto....

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo: RT, 2011, p. 194.

seus integrantes irão desenvolver suas personalidades. É na família constituída que se tem o privilégio de realização e desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros.¹⁹

Não discriminando a orientação sexual da pessoa humana, o legislador opta, e o faz bem, por interpretar o momento social e histórico de uma sociedade, ao respeitar as pessoas do mesmo sexo que se unem em favor de uma construção familiar, baseada no afeto, observando o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal²⁰ ao banir quaisquer formas de discriminação quanto ao tema ora exposto.

Respeitar a orientação e opção sexual do ser humano é dar um passo em direção ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

O que importa é o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa que busca, incansavelmente, a sua felicidade.

Respeitar a família homoafetiva é assegurar aos membros que a compõem o direito fundamental à igualdade: igualdade em ser feliz, igualdade em poder proporcionar afetividade à pessoa escolhida para conviver mutuamente, igualdade em poder fazer da relação familiar um lugar seguro e provido das mais profundas realizações, é dela que se pode ter, em condições de igualdade com uma sociedade, o fantástico e tão completo papel de pai, ou de mãe, de ser chamado de pai ou mãe.

É aqui, neste exato momento em que somos levados pelo sopro da vida, pela magia de poder chamar uma pessoa de filho que o homem, regozijando de amor e afeto, consegue alcançar o patamar maior na evolução de sua personalidade quando, repleto de amor, lembra-se de seu pai, de sua família.

É para essas pessoas que o Direito se faz presente. Para que elas possam, em condições de igualdade de direitos, usufruir dessa evolução em sua personalidade.

Por certo, é necessária a plena proteção aos direitos fundamentais do homem. E aqui, quando se menciona a palavra ‘homem’, estamos referindo-nos a raça humana (homem e mulher), sem distinção.

Para a exata compreensão do termo direitos fundamentais, imperioso salientar que existem diversas terminologias utilizadas para designar ou determinar os direitos fundamentais: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos da

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo: RT, 2011, p. 194.

²⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

pessoa humana, direitos da personalidade, direitos fundamentais do homem e direitos humanos fundamentais, como ressalta Zulmar Fachin.²¹

É de se observar que as inúmeras terminologias adotadas para o termo revelam-se fruto de transformação e ampliação dos direitos fundamentais ao longo da história do homem, oriundas de suas necessidades sociais e de seus esclarecimentos jurídicos. Ademais, não poderia ser de outra forma a questão das diversas nomenclaturas adotadas ao passar dos tempos, pois, o homem, indiscutivelmente, caminha para um pleno desenvolvimento de sua personalidade, ancorada em direitos e garantias fundamentais que corroboram para a construção de sua dignidade.

Assim, a dignidade do homem, como objetivo a ser alcançado pelo Estado e por toda a sociedade, determina a abertura de novos reconhecimentos de direitos, pois ao homem é dada a plena liberdade da busca pelo seu pleno desenvolvimento, desenvolvimento este que tem enraizado em seu núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Suzana de Toledo Barros alerta que o reconhecimento de novos direitos “traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos”.²²

É o pleno caminhar do homem em busca da sua felicidade.

José Afonso da Silva, em seu entendimento, prefere a denominação de Direitos Fundamentais do Homem:

[...] constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.²³

Há de se observar que o entendimento de José Afonso da Silva preceitua que os direitos fundamentais são logrados como consequência de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem, como luz fundamental que irradia para todos os movimentos de uma sociedade, a busca pela dignidade da pessoa humana.

Ainda, nessa mesma orientação, José Afonso da Silva continua:

No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do

²¹ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 207.

²² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 93.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, p. 182.

homem, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*.²⁴

Importante salientar que o homem, durante sua existência, é dotado de prerrogativas que lhe conferem uma existência digna. É para esse mesmo homem que os direitos fundamentais existem: para que possam prover uma vida com dignidade. Não basta ter vida, é preciso tê-la com dignidade. Não basta ser livre: é preciso sê-lo com liberdade.

Assim, todo o arcabouço jurídico constitucional precisa ser interpretado tendo como destinatário final o homem em sua essência.

A Lei 11.340/2006, através de seu legislador, como parte integrante de interpretadores de uma Constituição voltada para a proteção dos direitos fundamentais, foi elaborada tendo em vista os direitos dos diferentes. Não é porque se é heterosexual ou homosexual (palavra que preferimos adotar por Homoafetivo) que a pessoa será mais ou menos digna. Se assim o fosse, seria bastante a análise se a pessoa é preto ou branca, baixo ou alto, loiro ou moreno, homem ou mulher. O que importa aqui é proteger e promover os direitos fundamentais, sempre com vistas à promoção da dignidade da pessoa humana.

Em seu art. 2º, a presente lei diz que toda mulher, independente de orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.²⁵

Já em seu art. 5º, inciso I, a mulher goza de proteção no âmbito da família formada por indivíduos que são ou se consideram parentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Aqui se faz presente, mais uma vez, a indicação da família unida pelo afeto.

No inciso II, a proteção voltada para qualquer relação íntima de afeto.

No parágrafo único a proteção é direcionada para as relações pessoais, independente de orientação sexual.

E no art. 6º, outra vez foi o legislador feliz na elaboração da norma ao dizer que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, p. 182.

²⁵ Art. 2º 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.

É de se observar que os artigos da referida lei foram extremamente voltados para a proteção daqueles que se sentiam excluídos de uma sociedade ainda voltada aos moldes medievais com relação aos conceitos de família.

É na proteção dos integrantes dessa nova geração de família que o Direito lança sua mão, protegendo e promovendo seus direitos fundamentais, para que elas possam ter a certeza de que o pleno desenvolvimento de suas personalidades encontra guarida no seio constitucional.

Outro não poderia ser o caminho.

Caminhar em busca do Direito é caminhar em busca da justiça.

E protegendo a família, qualquer que seja ela, protege-se toda a sociedade.

4 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Da leitura do texto constitucional do artigo 226²⁶ é que aflora o verdadeiro sentido de proteção à família. Embora a referida Lei 11.340/06 preocupa-se com a devida proteção à mulher vítima de violência doméstica, é importante a preocupação constitucional do presente artigo, ditando normas de proteção à família, que é a base de toda uma sociedade, que deve ser observada pelos intérpretes da lei.

Proteger não só a mulher vítima de violência bem como a manutenção da continuidade de sua família.

É necessário que os membros integrantes do Estado estejam inseridos, vivenciando, respirando os atuais e iminentes anseios da sociedade, até porque o Direito não consegue, mesmo que queira, acompanhar a evolução de um povo, em qualquer dos seus aspectos.

Inseridos e não orbitando na sociedade: este é o dever de todos os componentes da pôlis. Fazer valer o sentimento de solidariedade, de fraternidade para assim, viver, legislar, administrar e julgar em favor do pleno alcance de uma vida com dignidade, de uma vida em família. E família, é a base dessa sociedade.

Diante dessa premissa, mister se faz necessário a observação de uma estrita interpretação pluralista, fraterna e sem preconceitos, conforme dita o preâmbulo constitucional, dos direitos fundamentais.

Com relação à interpretação conforme a Constituição é de bom alvitre salientar a obra do jurista alemão Peter Häberle – Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da

²⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º [...]

Constituição – obra traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em que o autor defende a tese de que é preciso adotar uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta.²⁷

Häberle diz que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete.”²⁸

Gilmar Ferreira Mendes diz que:

Em outro trabalho, já havia anotado Häberle que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (Es gibt keine Rechtsnormen, ES gibt nur interpretierte Rechtsnormen), ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. [...] A ampliação do círculo de intérpretes constituiria para Häberle apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.

A interpretação conforme a Constituição, conforme Gilmar Ferreira Mendes citando Häberle é:

Um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação. Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.²⁹

Interpretar conforme a constituição é analisar o contexto histórico do momento analisando o processo como um todo para que essa interpretação chegue o mais próximo possível dos anseios de uma sociedade; sociedade esta aberta e pluralista.

Vale dizer, interpretar a Constituição (verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen) é interpretar os anseios do homem dentro de uma sociedade, procurando o correto entendimento daquilo que é necessário para que esse homem possa viver em sociedade, mais ainda, viver com dignidade dentro de sua família.

Dessa maneira, é de responsabilidade dos integrantes dos poderes da União, bem como de todos os integrantes da sociedade, legislarem, administrarem e julgarem tendo sempre os olhos voltados para a família, para a mulher, para o homem. O homem, aqui referenciado como raça humana, em sua plenitude de realizações que lhe possam conferir dignidade.

²⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9.

²⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9.

²⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 10.

Ao legislativo cabe a tarefa de legislar sempre com normas voltadas para o homem; ao administrativo, administrar sempre com vistas à realização dos direitos fundamentais do homem; ao judiciário, julgar sempre de acordo com os direitos fundamentais e quando de suas colisões com outros direitos fundamentais, encontrar no princípio da proporcionalidade a efetiva concretização do direito que contenha em sua essência a carga axiológica de maior valor. E à sociedade, olhar para o seus pares com olhos de solidariedade, com o coração repleto de amor e sensibilidade para enxergar em seu próximo uma pessoa de idêntica imagem. É fazer ao outro aquilo que gostaria de ser feito por você. É fazer para a família de seu semelhante aquilo que gostaria de fazer para a sua.

Ademais, importante é a realização de todas as necessidades do ser humano que lhe garantam uma existência digna acompanhadas do sempre “algo mais”. Esse aumento, esse algo mais em sua existência digna faz com que tenhamos uma sociedade sempre em direção ao alargamento do mínimo existencial, fazendo prevalecer a teoria do não retrocesso de uma sociedade, na aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Interpretar conforme a Constituição é concretizar a esperança de muitas famílias que são privadas de seus integrantes, deixando de receber o afeto e carinho necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. E esse pleno desenvolvimento encontra um porto seguro na família.

Mais uma vez, e por derradeiro, imperiosa a busca por uma sociedade que contemple os ditames fundamentais de uma constituição voltada para a busca de uma sociedade justa, livre e solidária, pautadas no pleno desenvolvimento da família. Assim, em um horizonte não muito longínquo, a esperança renasce, a cada dia, com a certeza de que os fundamentos de um Estado Democrático de Direitos não mais serão objetos de discussões e controvérsias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 11.340/06 surge para dar uma resposta a um segmento da sociedade, cansada de ser relegada à própria sorte de sua vida, carecedora de mecanismos institucionais de proteção e prevenção à mulher vítima de violência doméstica ou familiar, inseridas a uma situação econômica de baixa renda.

Importante salientar o caráter protecional aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto portadora da centelha divina e em constante busca do seu pleno desenvolvimento de sua personalidade.

A lei, que em sua essência protege a mulher nas suas relações pessoais e familiares, corrobora e contribui para o fortalecimento da aplicação dos direitos fundamentais do homem na medida em que contempla em seu texto as relações homoafetivas, externizando que as relações pessoais independem de orientação sexual para que sejam protegidas pelo Direito. Com o exato cumprimento dos direitos fundamentais, tem-se que a raça humana caminha para o seu pleno desenvolvimento, em busca de uma sociedade onde não haja discriminações, uma sociedade mais justa, fraterna e solidária e que tem como fim precípua, a dignidade da pessoa humana.

Porém, mais importante do que editar legislações específicas é o seu estrito cumprimento e a devida interpretação conforme a Constituição. Constituição esta que deita raízes no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e que tem como alicerce a busca por uma sociedade justa, fraterna e solidária. Tal compreensão e interpretação por parte do Judiciário e de toda uma sociedade devem ser pautadas à luz do contexto da lei dentro de seu tempo.

Não somente a referida lei representa um avanço do país e de sua sociedade em busca de um respeito efetivo ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a derradeira intenção em efetivar o fundamento constitucional de construção de uma sociedade mais justa, livre e fraterna, sempre à luz da promoção do bem de todos – aqui se referindo à família que é a base de toda uma sociedade – bem como se faz necessário uma sociedade de intérpretes comprometidas com a realidade histórica de uma nação.

É importante comungar dos anseios de uma sociedade em seu referido tempo.

É tempo da família. É tempo de novas famílias. É tempo da sociedade voltada para os fins que se significa o direito a construir: uma sociedade mais justa voltada para o ser humano.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 167, out. 2006.

AMICO, Carla Campos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de representação da vítima em caso de lesão corporal leve e culposa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007.

BLOCH, Ernst. **O princípio Esperança**. Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

CELMER, Elisa Girotti e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei No. 11.340/2006. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano, 14, n. 170, jan. 2007.

DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito Homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. A efetividade da Lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 64, p. 297-312, jan./fev. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais** . 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

FERNANDES, Maria da Penha. **Sobrevivi, posso contar**. Fortaleza: Edição do autor, 1994.

FIUZA, César. Direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7>. Acesso em ago 2012.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Aspectos polêmicos da lei de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei no. 11.340/06). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 171, fev. 2007.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. Lei da violência contra a mulher. Inaplicabilidade da lei dos Juizados Criminais. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano X, n. 235, 31/10/2006.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano X, n. 237, 30/11/2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direito fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MOTTA, L., OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito da personalidade e dano moral nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, América do Norte, 7, out. 2007.

Disponível em:
<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/524/382>.
Acesso em: 23 Ago. 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. ***O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência***. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A Pessoa Natural no Contexto da Família e a Proteção dos seus Direitos de Personalidade no Direito Romano: Aspectos de Direito Material e Processual. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, América do Norte, 11, nov. 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/2132/1419>. Acesso em: 21 Ago. 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. **Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: RT, 2011.

PAZINATO, Wânia. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, p. 321-360, jan./fev. 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo: RT, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio e FONSECA, Tiago Abud. A aplicação da Lei no. 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, n. 168, nov. 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: RT, 2005, p. 556/557.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.