

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS E DE POLÍTICA CRIMINAL
CONTROVERTIDOS NA LEI MARIA DA PENHA

ROBERTO FLÁVIO CAVALCANTI

RIO DE JANEIRO

2008

ROBERTO FLÁVIO CAVALCANTI

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS E DE POLÍTICA CRIMINAL
CONTROVERTIDOS NA LEI MARIA DA PENHA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Geraldo Prado

RIO DE JANEIRO

2008

Cavalcanti, Roberto Flávio.

Aspectos processuais penais e de política criminal controvertidos na Lei Maria da Penha / Roberto Flávio Cavalcanti – 2008.

68f.

Orientador: Geraldo Prado.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 64-67.

1. Direito Processual Penal. 2. Violência doméstica e familiar contra a mulher. I. Título.

CDD 341.43

CDU 343.1

ROBERTO FLÁVIO CAVALCANTI

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS E DE POLÍTICA CRIMINAL CONTROVERTIDOS
NA LEI MARIA DA PENHA

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado – Presidente da Banca Examinadora
Professor Titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
– Orientador(a)

RESUMO

CAVALCANTI, R. F. Os artigos 22, 41 e 42 da Lei Maria da Penha e sua validade jurídica. 2008 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A Lei nº 11.340/2006, batizada de Lei Maria da Penha, promulgada com o objetivo de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (art. 1º), foi aclamada por grande parte da doutrina como uma resposta às manifestações de violência perpetradas por homens contra as mulheres. Porém, em que pese a disposição de se combater este problema, vários de seus preceitos e dispositivos têm gerado controvérsia na doutrina e na jurisprudência, entre os quais os artigos 22, 41 e 42. O propósito do trabalho consiste em oferecer referências ou critérios para interpretação e aplicação das normas jurídicas controvertidas da Lei Maria da Penha, à luz da Constituição da República, de modo a colaborar positivamente para que os operadores do Direito sejam subsidiados com uma temática ainda pouco abordada, dado o caráter recente da promulgação desta norma, o incipiente material bibliográfico disponível e a falta de unanimidade em sua aplicação.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Violência doméstica e familiar contra a mulher.

RÉSUMÉ

CAVALCANTI, R. F. Os artigos 22, 41 e 42 da Lei Maria da Penha e sua validade jurídica. 2008 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

La Loi de nombre 11.340/2006, baptisé de Loi Maria da Penha, promulguée avec l'objectif de "restreindre et prévenir la violence domestique e familial contre la femme" (art. 1º), a été acclamée par une grande partie de la doctrine comme une réponse à des manifestations de violence perpétrés par des hommes contre les femmes. Toutefois, malgré la disposition de si combattre ce problème, plusieurs de ses préceptes et dispositifs ont suscité des controverses dans la doctrine et la jurisprudence, parmi lesquels les articles 22, 41 et 42. L'objet de ce travail est d'offrir les références ou critères pour l'interprétation et l'application des règles juridiques s'est plaint de la loi Maria da Penha, à la lumière de la Constitution de la République, de façon à collaborer positivement pour les opérateurs du Droit soient subventionnés avec un thème encore peu abordé, dû au caractère récent de la promulgation de cette norme, la matière bibliographique disponible naissante et l'absence de l'unanimité dans son application.

Mots-clef: Loi Maria da Penha; Violence domestique e familial contre la femme.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1 – UNIVERSIDADES

UNIFESP – Universidade Federal do Estado de São Paulo

2 – TRIBUNAIS

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMS – Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

3 – ÓRGÃOS, ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

AGU – Advocacia Geral da União

OMS – Organização Mundial de Saúde

SENAD - Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas

STF – Supremo Tribunal Federal

UNIAD – Unidade de Estudos de Álcool e Outras Drogas

4 – LEGISLAÇÃO

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa Brasileira

LMP – Lei Maria da Penha

5 – AÇÕES

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O SURGIMENTO DA LEI	9
2.1. Contexto sociológico	9
2.2. Antecedentes históricos da lei	10
2.3. O caso Maria da Pena	11
3. A FORMAÇÃO IDEOLÓGICA DA LEI	13
3.1. O feminismo de gênero	13
3.2. O movimento marxista	17
3.3. A teoria de gênero	19
4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	24
4.1. A Lei Maria da Pena como objeto de controle de constitucionalidade	24
4.2. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade	25
4.2.1. <u>Em sede de controle difuso</u>	25
4.2.2. <u>Em sede de controle concentrado</u>	26
4.3. Hermenêutica constitucional	27
4.3.1. <u>Regras de interpretação</u>	28
4.3.2. <u>Princípios constitucionais</u>	29
5. PONTOS CONTROVERTIDOS PROCESSUAIS PENAIS DA LEI	31
5.1. Objetivo	31
5.2. O artigo 22	31
5.2.1. <u>Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência</u>	31
5.2.2. <u>A suposta ofensa ao princípio da isonomia</u>	32
5.2.3. <u>As medidas protetivas sob o ângulo do princípio da proporcionalidade</u>	40
5.3. O artigo 41	41
5.3.1. <u>A suposta colisão com o princípio da igualdade</u>	42
5.3.2 <u>A suposta colisão com o princípio da proporcionalidade</u>	45
5.4. O artigo 42	48
5.4.1. <u>A prisão cautelar</u>	49
5.4.2. <u>Suposta violação ao princípio da proporcionalidade</u>	50
5.4.3. <u>Suposta violação ao princípio da igualdade</u>	52
5.4.3. <u>Suposta violação ao princípio da taxatividade da prisão civil por dívidas</u>	52

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
-------------------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, batizada de Lei Maria da Penha (LMP), veio a lume com o objetivo de “coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, lastreando-se em diversas convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como no § 8º do art. 226 da CRFB, consoante sua justificativa preambular¹.

Entretanto, tal lei tem despertado grande controvérsia no que toca sua aplicabilidade, tendo em vista a existência de pontos polêmicos, que culminaram com declarações incidentais de inconstitucionalidade por alguns órgãos de diferentes graus de jurisdição. Assim, também, tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON), ajuizada pelo Presidente da República, através da Advocacia-Geral da União (AGU), requerendo a constitucionalidade da lei, ainda pendente de julgamento².

O presente trabalho pretende problematizar a aplicação dos artigos 22, 41 e 42 da LMP à luz da Constituição. Para tanto, inicialmente, fará uma breve abordagem sobre o contexto de surgimento da lei, ou seja, o seu *background* sociológico, seus antecedentes históricos, bem como o caso Maria da Penha, que serviu oportunamente para dar maior visibilidade à questão da violência contra a mulher nos meios de comunicação, e provocar a necessária comoção social para a aprovação da lei. Discutir-se-ão, ainda, as bases ideológicas da lei. Posteriormente, será realizada a análise propriamente técnica, na qual abordar-se-ão temas adjuntos ao objeto deste trabalho, compreendendo controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Por último, virá o efetivo objeto deste trabalho, que é a análise da constitucionalidade dos artigos supramencionados.

Espera-se que, com isso, novos subsídios sejam acrescentados na discussão da lei, a fim de colaborar positivamente para os operadores do Direito em uma temática abordada de forma ainda bem tímida, devido ao caráter recente da promulgação desta norma, o incipiente material bibliográfico disponível e a falta de unanimidade em sua aplicação.

¹ Assim reza o preâmbulo da referida lei: “Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.”

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19-3. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=19&processo=19>> Acesso em 12 nov. 2008.

2 O SURGIMENTO DA LEI

2.1 Contexto Sociológico

A violência encontra-se definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como o “uso intencional de força física ou poder, em ameaça ou de fato, contra uma pessoa, grupo de pessoas ou comunidade, que resulta ou tem alto potencial de resultar em ferimento, morte, dano psicológico, problemas de desenvolvimento ou privação”³. Este fenômeno não se limita ao tempo nem ao espaço, pois o espectro da violência não escolhe nem hora nem local e tampouco elege suas vítimas, já que a existência de conflitos no seio da sociedade é um imperativo com o qual havemos de conviver, sendo a violência, na sua acepção mais vulgar, apenas um desdobramento de um conflito que se exterioriza na vida em comunidade desde que o mundo é mundo. Cabe à sociedade organizada buscar meios para o enfrentamento de tal fenômeno, pois a violência é ilegítima na medida em que venha a injustamente limitar a autonomia de terceiros ou causar danos à integridade física e psicológica do indivíduo. Nestas situações, um dos meios a que recorremos para debelar tais crises é o Direito, como produto da evolução do mundo civilizado, através do qual se busca no Estado o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas. O Direito possui uma função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.⁴

Ressalte-se que quando se diz que a violência há de ser ilegítima, explica-se pelo fato de haver manifestações legítimas de violência. Isto ocorre, por exemplo, quando nos submetemos a uma cirurgia para retirada de um tumor em nosso organismo. Ocorre, ainda, em todas as situações de legítima defesa individual ou social, que encontram-se respaldadas pela lei, através do artigo 23 do Código Penal, em suas quatro causas de exclusão da ilicitude: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. O Estado, outrossim, no dizer de Léon Duguit, “fundamenta-se na força, e esta força legitima-se quando exercida em conformidade com o direito”⁵. Assim, para efeito

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **World report on violence and health**. Geneva, 2002. Disponível em <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/chap1.pdf> Acesso em: 12 nov. 2008.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, p. 25.

⁵ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. 2ª Edição, São Paulo, Ícone Editora, 2006, p. 51.

da análise no presente estudo, devemos reduzir a questão da violência a sua acepção mais vulgar.

À vista das premissas aqui firmadas, a violência doméstica é um desdobramento do gênero violência, que traduz-se num fenômeno que possui algumas especificidades, pois geralmente é associada ao alcoolismo, ao uso de entorpecentes, vinculada a transtornos emocionais e financeiros. Entretanto, para o movimento feminista, em especial a corrente ideológica do “feminismo de gênero”, a violência doméstica contra a mulher decorre mais especificamente da cultura patriarcal, o que veremos mais adiante.

Inegável, contudo, é que as dimensões da violência doméstica vinham despertando maior reprovação social diante de sua crescente exposição nos meios de comunicação, sobretudo quando praticada contra mulheres, crianças e adolescentes. Optou a sociedade, pressionada politicamente pelo movimento feminista, por valer-se do direito penal para combater o problema.

2.2 Antecedentes Históricos da Lei

Antes do advento da LMP, o Brasil firmou compromissos internacionais com o intuito de combater a discriminação contra a mulher, emergindo, portanto, a referida lei, de um contexto de luta política de quase três décadas.

Em 1979, foi elaborada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, também conhecida como CEDAW, que entrou em vigor no ano de 1981. Tal instrumento, que reunia o propósito de eliminar “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (artigo I), foi ratificada com reservas pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984. As reservas foram retiradas e a Convenção acabou sendo plenamente ratificada em 1994. Aprovada pelo Congresso Nacional em 1994⁶, foi promulgada pelo Presidente da República em 2002.⁷

⁶ Decreto Legislativo 26/1994

⁷ Decreto 4.377/2002

Em 1994, foi adotada pela ONU a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, conhecida como Convenção de Belém do Pará. O documento conceitua a violência contra a mulher como: “qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico a mulher, tanto no âmbito público como no privado” (art. 1º). A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, sendo aprovada pelo Congresso Nacional no mesmo ano⁸, e promulgada pelo Presidente da República em 1996.⁹

O projeto de lei encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional foi fruto do Grupo de Trabalho Interministerial criado pelo Decreto nº 5030, de 31 de março de 2004, integrado pela Secretaria Especial de Políticas Para as Mulheres da Presidência da República, pela Casa Civil da Presidência da República, pela Advocacia Geral da União, pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça.

Para subsidiar as discussões, o grupo de trabalho contou com proposta de anteprojeto de lei elaborado pelo Consórcio de Organizações Não Governamentais Feministas.

Na justificativa preambular da LMP são invocados o parágrafo 8º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; bem como outros tratados internacionais, ratificados pela República Federativa do Brasil, relativos à matéria.

2.3 O Caso Maria da Penha

O caso Maria da Penha ocorreu em 1983, em Fortaleza, Ceará, envolvendo a biofarmacêutica Maria da Penha Fernandes que, na ocasião, sofreu duas tentativas de homicídio provocadas pelo então marido Marco Antonio H. Ponto Viveiros, professor da Faculdade de Economia. A vítima recebera, por ocasião de uma das tentativas, um tiro nas costas que a tornou paraplégica. O caso se tornou emblemático na medida em que o réu foi

⁸ Decreto Legislativo 107/1995

⁹ Decreto 1.973/1996

condenado em duas ocasiões (1991 e 1996), mas não chegou a ser preso, recorrendo sempre em liberdade. Maria da Penha se mobilizou e procurou os organismos internacionais, a saber, o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), bem como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), que, juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Em 2001, a Organização dos Estados Americanos (OEA) responsabilizou o Estado Brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica e recomendou a tomada de medidas com base no Caso Maria da Penha. Marco Antonio acabou sendo preso apenas em 2003, ou seja, quase 20 anos depois do fato, acompanhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tudo isso redundou na criação da Lei 11.340/2006, que acabou sendo batizada de “Maria da Penha”.

3 A FORMAÇÃO IDEOLÓGICA DA LEI

3.1 O feminismo de gênero

A LMP originou-se no Projeto de Lei de Conversão nº 37/2006, o qual tem como antecedentes o Projeto de Lei nº 4.559/2004 do Poder Executivo, elaborado por Grupo de Trabalho Interministerial a partir de um anteprojeto apresentado por um consórcio de organizações não-governamentais (ONG's) feministas. O Consórcio foi composto inicialmente pelas ONG's CEPIA, CLADEM, THEMIS, CFEMEA, AGENDE, ADVOCACI e CEDIM. Posteriormente outras pessoas e organizações somaram-se ao Consórcio.

O projeto resulta, portanto, de mais um marco no contexto de luta política feminista, identificando-se mais precisamente com a corrente ideológica do feminismo de gênero, cujos ideais encontram-se corporificados na Exposição de Motivos da lei.

Segundo o item 6 da Exposição de Motivos, "o projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres"¹⁰. De acordo com o item 15 "A violência intra-familiar expressa dinâmicas de poder e afeto, nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação"¹¹. Em termos mais claros, o projeto centraliza-se na dogmática das relações de poder e dominação envolvendo homens e mulheres, enfatizando uma suposta hipossuficiência da mulher frente ao homem em suas relações domésticas e afetivas.

O item 16 identifica no patriarcado uma forma de legitimação de episódios de discriminação e violência: "um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se 'naturalizam' e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres"¹². Assim, de acordo

¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. NOVA EMENTA DA REDAÇÃO FINAL: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção de Belém do Pará; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera os Decretos-Lei nºs 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=256085>> Acesso em 12 nov. 2008.

¹¹ Loc. cit.

¹² Loc. cit.

com o item 16, a sociedade patriarcal é opressiva e sua cultura redonda em discriminação e arbítrio.

Em consonância com tal entendimento, a promotora Leda Maria Hermann afirma que a violência no seio da família é causada por tal lógica da hierarquia de poder:

A relação de dominação tornou-se predominante: o homem passou a dominar; a mulher, a ser dominada. Estava plantada a semente da violência no seio das relações de gênero.¹³

[...]

A proteção da mulher, preconizada na Lei Maria da Penha, decorre da constatação de sua condição (ainda) hipossuficiente no contexto familiar, fruto da cultura patriarcal que facilita sua vitimação em situações de violência doméstica, tornando necessária a intervenção do Estado em seu favor, no sentido de proporcionar meios e mecanismos para o reequilíbrio das relações de poder imanentes ao âmbito doméstico e familiar.¹⁴

Portanto, a partir de uma tal leitura concatenada aos itens da Exposição de Motivos em apreço, é possível identificar a proeminência de uma corrente ideológica do feminismo: o feminismo de gênero.

Segundo a escritora feminista Wendy Mc Elroy, para as feministas de gênero:

O inimigo é a classe que no fim das contas beneficiar-se do patriarcado e do capitalismo: homens, especialmente homens brancos. Não o homem individual que realmente estupra e bate numa mulher, mas homens como uma classe. Todos os machos são opressores, porque masculinidade em si mesma é violência contra a mulher. Vista através dessa lente política, masculinidade não é mesmo um traço biológico; mas cultural.¹⁵

A escritora feminista prossegue:

Apesar disso, feministas de gênero vêem um denominador comum no interior de todos os casamentos, em outras palavras, a opressão de seus membros femininos.

Isso é verdade mesmo de uma família que consiste inteiramente de fêmeas, uma família com somente uma mãe solteira e uma filha, por exemplo. Esse tipo de família é oprimido pelos homens porque suas interações são um reflexo da injustiça do patriarcado que as fêmeas encontram tanto no local de trabalho como no sistema político.¹⁶

¹³ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: Lei com nome de mulher**. Campinas, Servanda Editora, 2008, p. 52.

¹⁴ Ibid. p. 83-84.

¹⁵ ELROY, Wendy Mc. **Sexual Correctness**. Mc Farland & Company, Inc. Publishers, Jefferson, North Carolina, and London, 1996, p. 09, tradução nossa. (The enemy is the class who ultimately benefits from patriarchy and capitalism: men, especially white men. Not the individual man who actually rapes and batters a woman, but men as a class. All males are oppressors, because maleness in and of itself is violence against women. Viewed through this political lens, maleness is not even a biological trait; it is a cultural one)

¹⁶ Ibid. p. 102, tradução nossa. (Yet gender feminists see a common denominator within all marriages, namely, the oppression of its female members.

This is true even of a family that consists entirely of females, a family with only a single mother and a daughter, for example. This type of family is oppressed by men because its interactions are a reflection of the injustice of

[...]

Feministas de gênero consideram casamento ser um estado involuntário, em que as mulheres têm o status de bens móveis. Para elas, o casamento e a família são emaranhados associados com propriedade privada, a estrutura de classe, e o modo de produção. Em outras palavras, a família é um aspecto do capitalismo.¹⁷

[...]

Elas desenvolveram uma teoria do patriarcado, do capitalismo masculino, no qual as mulheres foram oprimidas tanto pela cultura masculina como pelo sistema econômico.¹⁸

Combinando-se com este discurso, Leda Hermann destaca que:

No espaço doméstico, a forma privilegiada de poder é o patriarcado; no espaço da produção, a exploração (do trabalho e da natureza); no espaço do mercado tem lugar privilegiado o consumismo; no espaço da comunidade destaca-se a diferenciação desigual, ou seja a subtração das alteridades; no espaço da cidadania situa-se a dominação, forma institucionalizada de exercício do poder, legitimada pela soberania do Estado; no espaço mundial (global) destaca-se o imperialismo explorador e as muitas formas de exclusão decorrentes das relações globais desiguais capitalistas.

[...]

No espaço doméstico, as relações patriarcais promovem a opressão das mulheres, atuando internamente nessa dimensão, mas alcançando todas as outras, com variantes e especificidades inerentes a cada sociedade.¹⁹

Para as feministas de gênero, segundo a feminista Elroy:

O objetivo permanece o mesmo: uma revolução para abolir o patriarcado.²⁰

[...]

Há duas camadas de exploração: homens e capitalismo, que combinam-se para formar o patriarcado.²¹

De acordo com Leda Hermann: “O patriarcado abrange várias expressões de dominação: gênero, raça, etnia, classe.”²²

No tocante ao tema violência contra a mulher, expõe a seguir a autora feminista Elroy:

A terceira proposta, a única favorecida pelas feministas de gênero, toma uma visão inteiramente política e é uma proposta de análise de classe, pela qual

patriarchy that both females encounter in the workplace and the political system)

¹⁷ Ibid. p. 105, tradução nossa. (Gender feminists consider marriage to be an involuntary state, in which women have the status of chattel. To them, marriage and the family are inextricably bound up with private property, the class structure, and the mode of production. In other words, the family is an aspect of capitalism)

¹⁸ Ibid. p. 107, tradução nossa. (They evolved a theory of patriarchy, of male capitalism, in which women were oppressed as much by male culture as by the economic system.)

¹⁹ HERMANN, Leda Maria. Op. cit. p. 60-61.

²⁰ ELROY, Wendy Mc. Op. cit. p. 107, tradução nossa. (The goal remains the same: a revolution to sweep away patriarchy.)

²¹ Idid. p. 108, tradução nossa. (There are two layers of exploitation, men and capitalism, which combine to form patriarchy)

²² HERMANN, Leda Maria. Op. cit. p. 256.

os homens são afirmados a baterem nas mulheres para reter seu lugar na estrutura de poder patriarcal.

Em seu livro, *Heroes of Their Own Lives*, Linda Gordon expressa a essência da análise de feminismo de gênero:

A base da agressão à esposa é dominância masculina – não superior força física ou temperamento violento, mas poder social, econômico, político e psicológico... Agressão à esposa é o crônico ataque de uma pessoa de poder inferior que por essa razão não pode efetivamente resistir.

Não pode haver qualquer argumento: violência doméstica é um crime que demanda a atenção de toda feminista. Toda mulher tem o direito absoluto a não ser agredida. Mas há pelo menos dois maiores problemas com a posição feminista de gênero em violência doméstica.

Primeiro, feministas de gênero consideram agressão à esposa como um crime socioeconômico que deve ser confrontado na arena política. Posto que violência doméstica é vista como o choque de duas classes antagônicas – homens e mulheres – soluções individuais são repudiadas ou subestimadas como ineficazes.

[...]

Mas considerando homens como uma classe a ser culpada de violência doméstica, feministas de gênero ignoram o fato que a maioria dos homens não batem em suas esposas. Sejam quais forem as estatísticas, todas elas concordam que menos de 50 por cento dos maridos batem em suas esposas. Assim, estatísticas mostram que homens, como uma classe, não são espancadores de esposas.²³

Tal análise de classe será mais consistentemente explorada na seção seguinte. De qualquer sorte, restou demonstrada, até aqui, rematada filiação do legislador à corrente ideológica do feminismo de gênero, demonstrando que os seus objetivos foram além da tarefa de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas buscam lutar também contra a família patriarcal, por julgá-la na gênese de tais conflitos.

3.2 O movimento marxista

²³ ELROY, Wendy Mc. Op. cit. p. 110, tradução nossa. (The third approach, the one favored by gender feminists, takes an entirely political view and is a class analysis approach, by which men are said to beat women to retain their place in the patriarchal power structure.

In her book, *Heroes of Their Own Lives*, Linda Gordon expresses the gist of gender feminism's analysis:

The basis of wife-beating is male dominance – not superior physical strength or violent temperament ... but social, economic, political, and psychological power.... Wife-beating is the chronic battering of a person of inferior power who for that reason cannot effectively resist.

There can be no argument: domestic violence is a crime that demands the attention of every feminist. Every woman has the absolute right to be beaten. But there are at least two major problems with the gender feminist position on domestic violence.

First, gender feminists consider wife assault to be a socioeconomic crime that must be confronted in the political arena. Since domestic violence is viewed as the clash of two antagonistic classes – men and women – individual solutions are dismissed or downplayed as ineffective.

[...]

But in considering men as a class to be guilty of domestic violence, gender feminists ignore the fact that most men do not beat their wives. Whatever statistics are accepted, all of them agree that fewer than 50 percent of husbands beat their wives. Thus, statistics show that men, as a class, are not wife-beaters.)

Identificada como uma ação afirmativa (itens 6 e 7 da Exposição de Motivos), a iniciativa busca “corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia”²⁴. Assim, identifica claramente como patológicas as atuais relações sociais entre homens e mulheres, pautadas pela “hierarquia” e “desigualdade”, de modo que a força da lei virá como uma panacéia à eliminação destas disfunções, conforme o claramente proposto em seguida no seu item 12: “É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres”²⁵.

O discurso baseia-se numa mística bipolar entre os sexos, dentro da qual as contradições existentes no seio da família moderna somente serão resolvidas através da intervenção estatal no sentido de expurgar-lhes as “relações de poder e dominação”. Isto é, a “desigualdade” e a “hierarquia” presentes nessas relações precisam ser abolidas para dar lugar a um “ideal utópico e igualitário”. É inevitável constatar ser direcionada somente às mulheres enquanto “classe”, identificando-as, assim, como “classe oprimida”, enquanto a outra “classe”, dos homens, seria tomada como “classe opressora”.

É nítida, portanto, a influência do pensamento marxista que deflui do espírito da lei.

Com efeito, segundo Friedrich Engels:

O primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino.²⁶

[...]

Assim, pois, nos casos em que a família monogâmica reflete fielmente sua origem histórica e manifesta com clareza o conflito entre o homem e a mulher, originado pelo domínio exclusivo do primeiro, teremos um quadro em miniatura das contradições e antagonismos em meio aos quais se move a sociedade, dividida em classes desde os primórdios da civilização, sem poder resolvê-los nem superá-los.²⁷

²⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. NOVA EMENTA DA REDAÇÃO FINAL: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção de Belém do Pará; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera os Decretos-Lei nºs 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=256085>> Acesso em 12 nov. 2008.

²⁵ Loc. cit.

²⁶ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Editora Centauro, 3ª Edição, 2006, p. 68.

²⁷ Ibid. p. 69-70.

Segundo este mesmo autor, reside na família patriarcal um núcleo de opressão que deve ser superado através da igualdade de direitos:

No antigo lar comunista, que compreendia numerosos casais com seus filhos, a direção do lar, confiada às mulheres, era uma indústria socialmente tão necessária quanto a busca de víveres, de que ficavam encarregados os homens. As coisas mudaram com a família patriarcal e, ainda mais, com a família individual monogâmica. O governo do lar perdeu seu caráter social. A sociedade já nada mais tinha a ver com ele. O governo do lar se transformou em serviço privado; a mulher converteu-se em primeira criada, sem mais tomar parte da produção social.

[...]

A família individual moderna baseia-se na escravidão doméstica, franca ou dissimulada, da mulher.²⁸

[...]

Na família, o homem é o burguês e a mulher representa o proletário.²⁹

Em “A Ideologia Alemã”, Marx e Engels entendem que:

A divisão do trabalho, na qual estão dadas todas essas contradições e que repousa, por seu turno, na divisão natural do trabalho na família e na separação da sociedade em diversas famílias que se opõem entre si, envolve ao mesmo tempo a distribuição, e, com efeito, a distribuição desigual, quantitativa e qualitativamente, do trabalho como de seus produtos; isto é, envolve a propriedade, que já tem seu germe, sua primeira forma, na família em que a mulher e os filhos são escravos do marido. A escravidão em família, embora ainda rudimentar e latente, é a primeira propriedade, que aqui, aliás, corresponde exatamente à definição que deram os economistas modernos, pela qual a propriedade é o poder de dispor da força de trabalho de outrem.³⁰

Assim, inspirada nessa linha de pensamento, os idealizadores da lei visualizam antagonismos e conflitos a serem superados através de ações estatais. Mais que sujeito passivo no refiro diploma normativo, a mulher, neste contexto, é tida como classe oprimida. Portanto, é uma lei que politiza as relações domésticas e afetivas, explora politicamente os conflitos domésticos e afetivos, buscando dotar a mulher de maiores poderes através do amparo estatal.

A visão classista da mulher pode ser depreendida, ainda, da previsão do artigo 37 da lei, mediante o qual a defesa dos interesses e direitos transindividuais³¹ poderá ser exercida

²⁸ Ibid. p. 75

²⁹ Ibid. p.75-76

³⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Editora Martin Claret, 2007, p. 59.

³¹ Os interesses transindividuais, de acordo com a classificação adotada pela Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), são os interesses de natureza difusa, coletiva e individual homogênea (art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III). Os primeiros são os transindividuais, de natureza indivisível, que têm por titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível, que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. E os últimos são os divisíveis, de que seja titular um grupo determinável e que decorram de

concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área. Ainda mais clara evidência do caráter classista da lei é a sua natureza de ação afirmativa, cuja característica mais marcante é a de se destinar a uma coletividade e não a pessoas individualizadas. Por fim, a violência objeto de tutela pela referida lei é a “baseada no gênero”. Para Sérgio Ricardo de Souza, a violência de gênero se caracterizaria principalmente “pela imposição ou pretensão de imposição de uma subordinação e controle do gênero masculino sobre o feminino”, o que sem dúvida é um fenômeno político.³²

Deste modo, verifica-se nítida inspiração marxista na formação espiritual da lei.

3.3 A Teoria de Gênero

Uma característica marcante da LMP é que esta lei é pioneira na introdução da “Teoria de Gênero” na legislação federal, e, quiçá, nacional, com conseqüências tão desconhecidas quanto inexploradas pela doutrina.

Segundo o item 16 da Exposição de Motivos, “as desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza”³³. A “Teoria de Gênero” afirma exatamente o mesmo.

O termo “gênero” aparece repetidas vezes no corpo da lei em substituição a “sexo”, embora a quase totalidade dos autores venha indevidamente interpretando “gênero” como sinônimo de “sexo”. Poucos realmente sabem o que significa “gênero” no contexto desta lei, por se tratar de um conceito obscuro, porque utilizado mais comumente pela militância feminista, e metajurídico, por provir das ciências sociais.

Por que o legislador preferiu usar o termo “gênero” em vez de simplesmente “sexo”?

origem comum.

³² SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher**. 2ª Edição, Curitiba, Juruá Editorial, 2008, p. 34-35.

³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. NOVA EMENTA DA REDAÇÃO FINAL: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção de Belém do Pará; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera os Decretos-Lei nºs 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=256085>> Acesso em 12 nov. 2008.

Quando mudamos os conceitos, mudamos os problemas e com eles as interpretações que damos a certos fatos.

“Gênero”, segundo Leda Hermann, é “a expressão que define diferenças e distinções sociais e culturais decorrentes das diferenças entre os sexos, que variam em cada sociedade ou cultura.”³⁴

Este conceito, contudo, merece ser aprofundado.

De acordo com os teóricos de gênero, “gênero” é a variável construção cultural do sexo. Interpretando o aforismo de Simone de Beauvoir, “não se nasce mulher, torna-se mulher”, Judith Butler, filósofa pós-estruturalista estadunidense, escreve que:

Sexo é um atributo analítico do homem; não há humano que não é sexuado; o sexo qualifica o homem como um atributo necessário. Mas sexo não causa gênero, e gênero não pode ser entendido para refletir ou expressar sexo; realmente, para Beauvoir, sexo é imutavelmente fático, mas gênero adquirido, e enquanto que sexo não pode ser mudado –ou ela pensava– gênero é a variável construção cultural do sexo, as miríades e abertas possibilidades de significado cultural ocasionaram-se por um corpo sexuado.³⁵

Gênero, segundo ela, “seria a repetida estilização do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma altamente rígida estrutura regulatória que se congela ao longo do tempo para produzir a aparência da substância, de um tipo natural de ser”.³⁶ Trata-se de uma identidade sutilmente constituída no tempo, instituída em um espaço exterior através de uma estilizada repetição de atos.³⁷

Gênero não deve ser concebido meramente como a inscrição de significado cultural sobre um pré-dado sexo; deve também designar o genuíno aparato de produção segundo o qual os sexos em si são estabelecidos.³⁸ Pode ser entendido, ainda, como uma significação que um corpo já sexualmente diferenciado assuma.³⁹

³⁴ HERMANN, Leda Maria. Op. cit. p. 101-102.

³⁵ BUTLER, Judith. **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**, Routledge, New York and London, 1999, p. 142, tradução nossa. (Sex is an analytic attribute of the human; there is no human who is not sexed; sex qualifies the human as a necessary attribute. But sex does not cause gender, and gender cannot be understood to reflect or express sex; indeed, for Beauvoir, sex is immutably fatic, but gender acquired, and whereas sex cannot be changed-or she thought- gender is the variable cultural construction of sex, the myriad and open possibilities of cultural meaning occasioned by a sexed body.)

³⁶ Ibid. p. 43-44.

³⁷ Ibid. p. 179.

³⁸ Ibid. p. 11.

³⁹ Ibid. p. 13.

Gênero exprime, assim, os significados culturais que o corpo sexual assume⁴⁰. As distinções entre sexo e gênero sugerem uma radical descontinuidade entre corpos sexuais e gêneros construídos culturalmente.⁴¹

O corpo aparece como um meio passivo no interior do qual significados culturais são inscritos ou como o instrumento através do qual um desejo apropriador e interpretativo determina um significado cultural para si. Em um ou outro caso, o corpo é figurado como um mero instrumento ou meio pelo qual um conjunto de significados culturais são somente externamente relacionados.⁴²

Judith Butler escreve que:

A radical formulação da distinção sexo/gênero sugere que corpos sexuais podem ser a ocasião para um número de diferentes gêneros, e, além disto, que gênero em si não precisa ficar restrito aos usuais dois. Se sexo não se limita a gênero, então talvez haja gêneros, caminhos de interpretar culturalmente o corpo sexual, que esteja de nenhuma forma restrito pela aparente dualidade do sexo.⁴³

Há coerência, na medida em que determinados autores, seguindo diferentes considerações, asseguram a existência de quatro, cinco ou seis gêneros: heterossexuais masculinos, heterossexuais femininos, homossexuais, lésbicas, bissexuais e transgêneros.

Para certos teóricos de gênero, sexo é uma interpretação política e cultural do corpo. Tal discriminação lingüística assegura a operação política e cultural de compulsória heterossexualidade.⁴⁴ Sexo denota um regime epistêmico historicamente contingente, uma linguagem que forma percepção através de forçadamente dispor as inter-relações através das quais corpos físicos são percebidos.⁴⁵ Seria uma ficção lingüística, ou seja, uma categoria produzida e circulada pelo sistema de heterossexualidade compulsória em um esforço para restringir a produção de identidades ao longo do eixo do desejo heterossexual.⁴⁶ Seria sempre construído no interior dos termos do discurso e poder, onde poder é parcialmente entendido nos termos de convenções culturais heterossexuais e fálicas.⁴⁷

⁴⁰ Ibid. p. 10.

⁴¹ Loc. cit.

⁴² Ibid. p. 12-13.

⁴³ Ibid. p. 142-143, tradução nossa. (The radical formulation of the sex/gender distinction suggests that sexed bodies can be the occasion for a number of different genders, and further, that gender itself need not be restricted to the usual two. If sex does not limit gender, then perhaps there are in no way restricted by the apparent duality of sex.)

⁴⁴ Ibid. p. 144.

⁴⁵ Ibid. p. 146.

⁴⁶ Ibid. p. 35

⁴⁷ Ibid. p. 40

Há, portanto, por parte dos teóricos de gênero, uma espécie de consenso na rejeição da convenção lingüística “sexo” como sendo necessariamente arbitrária, razão pela qual não figurou no texto da lei, para dar abrigo ao termo “gênero”, que abarca uma noção fluída da sexualidade mais baseada no sujeito do que no objeto.

Assim, incorporada a noção de gênero do âmbito desta lei, o sujeito passivo da lei não estaria ancorado num dado biológico objetivo - o sexo feminino - mas na identidade de gênero da pessoa, que é baseada em sua auto-percepção. Consoante tais premissas, de que o gênero independe do sexo, o legislador inseriu o parágrafo único do artigo 5º, dispondo que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Neste sentido, interpreta corretamente o termo “gênero” Maria Berenice Dias, quando afirma que:

No que diz com o sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica.⁴⁸

As implicações da “Teoria de Gênero” no direito penal, notadamente aos princípios da taxatividade e da legalidade que regem este ramo do direito, bem como na própria reformulação de alguns tipos penais, como estupro (art. 213 CP) e tráfico de mulheres (art. 231 CP), embora não seja objeto deste trabalho, valem aqui como exemplos de uma questão passível de investigação por parte da doutrina, por se tratar de um tema assaz polêmico. Fato é que a redefinição do sexo desde uma base biológica objetiva à subjetiva identidade de gênero, como se dá no âmbito desta lei, certamente ensejará sérias repercussões sociais e jurídicas.

Em conclusão, no tocante a esta seção, os teóricos de gênero entendem que masculinidade e feminilidade não são fundamentalmente determinadas pelo sexo, mas pela cultura. Enquanto o termo “sexo” refere-se à natureza e implica duas possibilidades (homem e mulher), o termo “gênero” vem das ciências sociais, e inclui basicamente três variedades: masculino, feminino e neutro. As diferenças entre macho e fêmea (fora às óbvias diferenças morfológicas) não corresponderiam a uma “dada” natureza, em vez disso, elas seriam moldadas culturalmente de conformidade com papéis socialmente construídos e estereótipos que cada sociedade designa aos sexos.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 1ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é um sistema. No interior deste sistema, há um escalonamento normativo no interior do qual a Constituição se insere como norma suprema. Assim, toda a lei ou ato normativo infraconstitucional deve se conciliar com esta norma

maior, sob pena de quebrar a harmonia deste sistema. O controle de constitucionalidade se trata de um mecanismo de correção destinado a restabelecer a harmonia do sistema, consistindo na verificação da compatibilidade de norma infraconstitucional com a Constituição. Ocorrendo contraste, o sistema provê um conjunto de medidas destinadas a restabelecer a unidade ameaçada. Consiste a declaração de inconstitucionalidade no reconhecimento da invalidade de uma norma com o objetivo de paralisar sua eficácia.⁴⁹

Para que se conceba um controle de constitucionalidade, por sua vez, há que se existir duas premissas fundamentais: a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, bem como a rigidez do texto constitucional, ou seja, a impossibilidade do legislador ordinário suprimi-lo ou modificá-lo através de algum ato normativo decorrente da própria Constituição.⁵⁰

Por conta de tais premissas, quando uma pretensão fundar-se em norma em desacordo com a Constituição, o intérprete não poderá aplicá-la, pois diante de um conflito entre uma norma ordinária e a Constituição, esta última é que deverá prevalecer. Como ressalta Luís Roberto Barroso: “aplicar uma norma inconstitucional significa deixar e aplicar a própria Constituição”.⁵¹

4.1 A Lei Maria da Penha como objeto de controle de constitucionalidade

O presente trabalho funda-se numa operação mental de controle de constitucionalidade, verificando-se a adequação de determinados dispositivos da LMP em confronto com o texto constitucional.

Conforme já frisado na introdução deste trabalho, a lei em questão vem sendo objeto de controvérsias entre juízes e tribunais, seja em sede de controle difuso ou concentrado. Na primeira hipótese, quando da apreciação de um caso concreto levado ao conhecimento da corte, ou seja, pressupondo a existência de um conflito de interesses a ser enfrentado, não constituindo a declaração de inconstitucionalidade objeto principal da ação. Em tal situação, os órgãos judiciários têm o poder e o dever de não aplicar a lei inconstitucional.⁵² Na

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3ª Edição, São Paulo, 2008, p. 01.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008, p. 699.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 01.

⁵² Ibid. p. 47.

segunda, o controle é por via principal, ou seja, exercido fora de um caso concreto, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si, possuindo, portanto, caráter abstrato.⁵³

Alguns exemplos de casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, que suscitaram declarações de inconstitucionalidade da LMP em sede de controle difuso, se deram na Comarca de Sete Lagoas, na 2ª Vara Criminal de Erechim e na 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Diante de tais questionamentos, a Presidência da República ajuizou a ADECON nº 19-3, ainda em tramitação, requerendo a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06. A ADECON, por sua vez, prevista no art. 102, I, *a*, da CRFB, integra o sistema de controle concentrado, por via principal.

Existem, ainda, as possibilidades de controle de constitucionalidade por via de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*, da CRFB), o que, no tocante a esta lei, até o presente momento não veio a ser requerido pelos legitimados à propositura desta ação, bem como a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CRFB), que não se aplica ao caso em particular.

4.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

4.2.1 Em sede de controle difuso

Quando transitada em julgado a decisão, isto é, não sendo mais impugnável por via de recurso, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada formal, pela qual a sentença, dentro daquele processo, não poderá ser reexaminada. A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo a sentença, a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos por ela produzidos e lançados fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar.⁵⁴

Formada, portanto, a coisa julgada, na hipótese do controle difuso, a eficácia da decisão será sempre subjetiva, ou seja, limitada às partes do processo, sem afetar terceiros

⁵³ Ibid. p. 50.

⁵⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 326-327.

(CPC 472). O objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento estender-se além dele, sendo certo que é a parte dispositiva da sentença (CPC 458) que recebe a autoridade da coisa julgada.⁵⁵

A inconstitucionalidade situa-se no campo da nulidade. Logo, lei inconstitucional é lei nula. Conseqüências de tal nulidade é que o juiz, ao decidir a lide, deve dar a essa decisão eficácia retroativa, desconstituindo direitos e obrigações por ventura exigíveis.⁵⁶

Decidindo o Supremo Tribunal Federal determinado caso concreto, declarando, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, poderá, a partir disso, oficial o Senado Federal para que este suste a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X da CRFB.

4.2.2 Em sede de controle concentrado

Julgando-se uma ação direta improcedente equivale a declarar que a lei é constitucional; julgando-se uma ação declaratória improcedente equipara-se a declarar a inconstitucionalidade da lei.⁵⁷ Segundo expressa previsão na Lei n. 9.868/99, a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou ação declaratória é irrecorrível (art. 26).

Assim, formada a coisa julgada, seus efeitos são retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes.⁵⁸

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei, além disso, restaura a vigência da legislação previamente existente por ela afetada.⁵⁹

Outro efeito é que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão.⁶⁰

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 115.

⁵⁶ Ibid. p. 116.

⁵⁷ Ibid. p. 188.

⁵⁸ Ibid. p. 184-185.

⁵⁹ Ibid. p. 191.

⁶⁰ Ibid. p. 197.

4.3 Hermenêutica constitucional

Hermenêutica pode ser definida como a arte da interpretação. No entender de Luiz Lenio Streck, a compreensão é a mola mestra da interpretação. Assim sendo, hermenêutica é compreensão. A Hermenêutica Jurídica seria então a compreensão do objeto (jurídico) que se dá mediante as condições proporcionadas pelo seu horizonte de sentido, ou seja, compreendido como linguagem, não sendo esta uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas um mundo onde encontra-se inserido e em que atua. Deste modo, torna-se a hermenêutica jurídica um processo de construção e reconstrução.⁶¹

A interpretação jurídica é a aplicação da hermenêutica, pois a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda..⁶²

A interpretação constitucional, espécie do gênero interpretação jurídica, é imprescindível quando houver a necessidade de aplicação de texto que contenha ou se refira à matéria constitucional para resolver determinada controvérsia.

A questão principal da interpretação constitucional é a concretização de suas normas gerais, principalmente os princípios e os direitos fundamentais, que encontram-se dispostas, usualmente, com alto grau de generalidade e abstração.

Uma das finalidades da interpretação constitucional, e que interessa ao objeto do presente trabalho, é a de realizar o controle formal e material das leis e atos normativos editados pelos poderes constituídos. No presente caso, a LMP.

Considerando que a lei em questão desfruta de presunção de constitucionalidade, exige-se que, na tarefa de interpretá-la, seja sempre concedida preferência no sentido de que seja adequada à Constituição da República. Assim sendo, deverá ser encontrada a significação que melhor se conforme com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.⁶³

Entretanto, importa ressaltar que a interpretação conforme a Constituição somente será possível quando há um espaço de interpretação aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em

⁶¹ STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 6ª Edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 264-267

⁶² DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 13ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 149.

⁶³ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 16.

desconformidade com ela. Quando, porém, a norma contrariar texto expresso na Constituição, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição.⁶⁴

Vislumbram-se três hipóteses de interpretação conforme a Constituição: a) interpretação conforme com redução do texto, possibilitando, a partir de exclusão do texto, uma interpretação compatível com a Constituição; b) interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade; c) interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade.⁶⁵

4.3.1 Regras de interpretação

Tendo em vista que a interpretação de lei ou ato normativo pode dar ensejo a conflitos entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos, é pertinente expor as regras de interpretação constitucional.

A doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio do intérprete quando em situação de colisão de bens jurídicos. Estas regras podem ser relacionadas a seguir:

- a) Unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. Assim, a análise sistêmica do texto magno, de modo a ser interpretado de forma uma, é impositiva e primordial;
- b) Efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, assim como ao reforço da unidade política;
- c) Máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido de maior eficácia;
- d) Justeza ou conformidade funcional: o intérprete não poderá chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo legislador constituinte originário;

⁶⁴ Ibid. p. 16-17.

⁶⁵ Ibid. p. 17-18.

- e) Concordância prática ou harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; e
- f) Força normativa da constituição: deve ser adotada, entre as possíveis interpretações, aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.⁶⁶

4.3.2 Princípios Constitucionais

No interior do texto constitucional encontram-se plasmados uma série de princípios, implícitos ou explícitos, enunciando seus valores, os quais são ponto de referência, modelo, para regras que deles se desdobram. Os princípios, portanto, são normas gerais com um papel fundamental no ordenamento jurídico em virtude da sua posição hierárquica no sistema das fontes ou da sua importância estruturante dentro do sistema jurídico, de modo que podem ser vistos como fundamento das regras.⁶⁷ De acordo com Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

O princípio indica o porquê da disciplina, isto é, a sua razão de ser, sua orientação teleológica e sua finalidade, observando-se os escopos objetivamente assumidos pela sua regulamentação na sua evolução histórica.⁶⁸

Considerando que a Constituição é um sistema normativo constituído por regras e princípios em que refletem valores sociais heterogêneos, inevitáveis são os conflitos entre as espécies normativas, situação que reclama adoção de critérios capazes de resolver o conflito e salvaguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Assim, por regra, quando um princípio interfere em outro, a solução do conflito deve considerar o peso relativo de cada um.⁶⁹

⁶⁶ MOARES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 7ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007, p. 40-41.

⁶⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. 1ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.

⁶⁸ Loc. cit.

⁶⁹ Ibid. p. 56.

No caso concreto, o juiz, no sopesamento dos princípios, em determinada situação, deverá ter em conta o que seja peso, que o permitirá a escolha de um ou outro princípio, buscando, contudo, o mínimo de desrespeito ao princípio não escolhido.

Na perspectiva principiológica, costumam os doutrinadores conferir primazia ao princípio constitucional da dignidade humana na hermenêutica constitucional para conferir unidade de sentido, consistência e legitimidade à Constituição Federal.

5 PONTOS CONTROVERTIDOS PROCESSUAIS PENAIS NA LEI

5.1 Objetivo

O enfoque do presente trabalho é a discussão de determinados artigos da LMP, na seara processual penal, que vem suscitando polêmica nos tribunais e também entre a doutrina,

considerando sua aplicação à luz a CRFB. Assim, cabe trazê-los à baila a seguir para que tenhamos uma dúplici visãõ das correntes que defendem a sua constitucionalidade ou não.

5.2 O artigo 22

5.2.1 Natureza processual das medidas protetivas de urgência

De acordo com a redaçãõ do artigo 22, o Juiz fica autorizado a aplicar imediatamente ao suposto transgressor da violênciã doméstiã e familiar contra a mulher medidas protetivas de urgência, ficando ao seu prudente critério a quantidade delas e nada impedindo aplicar mais alguma outra.

A doutrina é praticamente unânime em considerar as medidas protetivas espécies de medidas cautelares de natureza híbrida – penal e civil. Segundo Marcelo Lessa Bastos, enquanto as medidas previstas nos incisos I, II e III são de natureza penal, as medidas dos incisos IV e V são cautelares típicas do Direito de Família.⁷⁰

A atividade cautelar destina-se à conservação de certos meios exteriores sem os quais o processo não teria como ser realizado correta e eficientemente. Os provimentos cautelares têm como fundamento a hipótese de um futuro provimento definitivo favorável ao autor (*fumus boni juris*): verificando-se cumulativamente esse pressuposto e o do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em seus efeitos.⁷¹

Há algumas medidas protetivas, no entanto, que ostentam natureza satisfativa, ou seja, que acabam por realizar de plano o direito material, esgotando a jurisdição no caso determinado.

5.2.2 A suposta ofensa ao princípio da isonomia

⁷⁰ FREITAS, André. (Coord.) **Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos (11.340/06 e 11.343/06)**. 1ª Edição, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, p. 137.

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 339.

A polêmica em torno do artigo 22 foi instaurada com base nos argumentos do Juiz de Direito Substituto da 2ª Vara Cível de Erechim (RS), Marcelo Colombelli Mezzomo, que vem afastando a aplicação de tais medidas, sob o entendimento de ferir o princípio constitucional da isonomia no que diz respeito à igualdade entre homens e mulheres fulcrada no inciso I do artigo 5º da Lei Maior. Em artigo publicado no site Consultor Jurídico, ele expõe da seguinte maneira as suas razões:

Especificamente no caso da lei de violência doméstica, a questão toda gravita em torno do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. Diz ele: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

Não é preciso formação jurídica para se ver claramente que duas conclusões podem ser extraídas da interpretação do citado inciso. Primeiro, estabeleceu ele a regra da igualdade entre homens e mulheres. Segundo, afirmou que esta igualdade seria regulada pela própria Constituição, exclusivamente.

Destas duas conclusões, uma terceira pode ser, também de forma fácil, extraída, qual seja a de que somente as desigualdades estipuladas no próprio texto constitucional podem existir validamente. Os desiguais devem ser tratados de forma desigual quando e na medida em que o permita o texto da Constituição.

Ora, não há em todo o texto constitucional uma só linha que autorize darmos tratamento diferenciado a homens e mulheres quando em voga a condição de partes processuais ou vítimas de crime. É exatamente isso que a lei de violência doméstica faz: concede uma série de instrumentos de proteção à mulher somente tendo em vista o sexo. A violência doméstica cometida contra a mulher enseja medida protetiva, contra homens não. Há ainda, uma série de diferenças em relação ao processo criminal, até mesmo em questão de competência do órgão jurisdicional e espécies procedimentais.

Se não há autorização na própria Constituição, e lembremos que a igualdade é "nos termos desta Constituição", a lei ordinária nº 11.340/06 afronta o artigo 5º, inciso I, da CF/88, sendo inconstitucional e, portanto, visceralmente nula. Diversamente, quando vemos, por exemplo, diferenças no tempo de serviço para aposentadoria menor para as mulheres, ou na existência de licença maternidade com prazo maior, estamos diante de situações que a própria Constituição estabeleceu, diferenças que são, por conseguinte, constitucionais e válidas.

Tem se invocado, então, o fato de que os idosos e as crianças e adolescentes também têm tratamento diferenciado, com a edição dos respectivos estatutos, os quais nunca teriam sido questionados. Ora, esta premissa é incorreta, uma vez que idosos e crianças e adolescentes têm previsão constitucional de tratamento diverso, coisa que, repito, inexistente para as situações da lei Maria da Penha.

Diante deste quadro, como magistrado, sou obrigado a efetuar a análise de constitucionalidade da lei, a "filtração constitucional", e sendo a lei, porque inconstitucional, inválida, não resta outra alternativa que não seja a extinção

dos expedientes a ser decretada de ofício, pela inconstitucionalidade do fundamento jurídico da causa de pedir.⁷²

Marcelo Lessa Bastos, por sua vez, analisando a questão da ofensa ao princípio da igualdade, afirma que:

No tocante à suposta ofensa ao princípio da igualdade de gênero, já foi dito acima que a Lei em comento é resultado de uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, cuja necessidade de evidenciava urgente. Só quem não quer não enxerga a legitimidade de tal ação afirmativa que, nada obstante formalmente aparentar ofensa ao princípio da igualdade de gênero, em essência busca restabelecer a igualdade material entre esses gêneros, nada tendo, deste modo, de inconstitucional. Outras tantas ações afirmativas têm sido resultado de políticas públicas contemporâneas e, em que pesem algumas delas envoltas em polêmicas, não recebem a pecha de inconstitucionalidade. Citem-se as quotas para negros e estudantes pobres nas universidades, as quotas para deficientes em concursos públicos, as quotas para mulheres nas eleições etc.⁷³

Maria Berenice Dias, em semelhante opinião, assim justifica a discriminação contra os homens operada pela lei:

O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural.⁷⁴

Entretanto, em que pese respeitável argumentação dos dois supramencionados autores, se a viabilidade de aplicação de ações afirmativas não é pacífica nos demais ramos do direito, nos direitos penal e processual penal torna-se ainda mais questionável.

Luiz Gustavo Grandinetti entende que as ações afirmativas não se adaptam aos direitos penal e processual penal, pois estes ramos não visariam promover a igualdade de coletividades minoritárias ou fragilizadas socialmente. Segundo o autor, a finalidade do Direito Penal é a aplicação de sanção penal a um indivíduo específico que delinqüiu, na medida de sua culpabilidade, enquanto a do Direito Processual Penal é o de regular um julgamento justo, com contraditório e ampla defesa, e legitimar a intervenção estatal no direito individual, quando for estritamente necessária, adequada e proporcional. Os objetivos, portanto, são incompatíveis.⁷⁵

⁷² MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Lei Maria da Pena: Quem aplaude diferença entre sexos apóia o machismo. **Revista Consultor Jurídico**. 11 ago 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/68862_1> Acesso em 12 nov. 2008.

⁷³ FREITAS, André. (Coord.) Op. cit. p. 129-130.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 56.

⁷⁵ MELLO, Adriana. (Org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007, p. 106-108.

Com efeito, não cabe a estes ramos do direito realizarem justiça social, o que encontra-se subjacente à idéia de transformação da realidade sócio-cultural através das ações afirmativas.

A justiça social, com esta terminologia composta, está expressamente estatuída como um preceito jurídico nos arts. 170 e 193 da Constituição, nos capítulos que tratam, respectivamente, dos princípios gerais da atividade econômica e das disposições gerais da ordem social. Não guarda, portanto, relação com a missão do Direito Processual Penal, que é objeto de enfoque do presente estudo, consubstanciada na realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, constituindo o meio para fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste de prevenção e repressão das infrações penais.⁷⁶

Há autores, ainda, que citam o princípio da igualdade como recurso ao tratamento desigual entre homem e mulher frente aos episódios de violência doméstica e familiar, tendo em vista a suposta hipossuficiência masculina frente à feminina, impondo-se a máxima de que é preciso tratar os desiguais desigualmente para fazer prevalecer a igualdade material. Neste sentido, Sérgio Ricardo de Souza, que enfatiza que: “a lei sob comento incentiva tratamento desigual entre homens e mulheres, com o propósito de que se alcance a real igualdade de gênero no que diz respeito à necessidade de pôr fim à violência doméstica e familiar.”⁷⁷

Leda Maria Hermann afirma que:

A proteção da mulher, preconizada na Lei Maria da Penha, decorre da constatação de sua condição (ainda) hipossuficiente no contexto familiar, fruto da cultura patriarcal que facilita sua vitimação em situações de violência doméstica, tornando necessária a intervenção do Estado em seu favor, no sentido de proporcionar meios e mecanismos para o reequilíbrio das relações de poder imanentes ao âmbito doméstico e familiar.⁷⁸

Essa presunção de hipossuficiência é, contudo, tão relativa quanto preconceituosa, pois se é racional supor que em média o homem tenha uma compleição física mais vantajosa numa determinada situação de conflito, não é racional entender que tal desequilíbrio de poder redundará sempre em arbítrio. Isso depende claramente do caso concreto, pois esta presunção de culpa decorrente de uma visão hostil à matriz sócio-cultural vigente acaba por afrontar princípios penais e processuais penais garantidos constitucionalmente, como os da culpabilidade e da presunção de inocência, ao se presumir a culpa do acusado fora de um caso concreto, simplesmente por pertencer ao sexo masculino e por nossa sociedade ter configuração patriarcal, implementando-se, desta forma, um direito penal do autor, que pune

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008, p. 10.

⁷⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Op. cit. p. 38.

⁷⁸ HERMANN, Leda Maria. Op. cit. p. 84-85.

o sujeito pelo que ele é, ancorado numa interpretação classista já dissecada no início deste estudo, em oposição ao direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele fez, encontrando-se este último respaldado no princípio da lesividade. Se as diferenças físicas entre homem e mulher são visíveis, não decorre disso que será o homem presumidamente culpado por determinada agressão, em episódio de mútua violência doméstica. Pode ele muito bem agredir exercendo seu direito de legítima defesa. Assim, a presunção de hipossuficiência é relativa e preconceituosa em razão das características intrínsecas ao sexo masculino.

Para elidirmos tal preconceito, convém citar estudo realizado pela Unidade de Estudos de Álcool e Outras Drogas (Uniad) da Unifesp, com apoio da Senad (Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas), veiculada na edição eletrônica do Jornal Folha de São Paulo, em 29 de setembro de 2008. De acordo com tal estudo:

As mulheres brasileiras são mais violentas do que os homens durante as brigas de casal. A porcentagem de mulheres que agredem os parceiros é de 14,6%, enquanto o relato de homens que batem no oposto é de 10,7%.

[...]

Foram relatados com maior frequência empurrões, agarrões e sacudidas --7,4% por homens e 9,3% pelas mulheres. A agressão com tapas foi uma das mais comuns, relatada por 4,2% dos homens e por 3,9% das mulheres. Já entre os atos mais violentos, as mulheres reclamam terem sido vítimas com golpes de objetos (2,2%) e sexo forçado (1,2%). Os homens dizem que os golpes com objetos (2,9%) e ameaças com faca (1,5%) são os ataques mais violentos que sofrem.⁷⁹

Portanto, tais conclusões nos remetem a deduzir que: 1) o estereótipo do homem agressor construído e reforçado no imaginário coletivo equipara-se ao da mulher agressora; 2) a violência doméstica no Brasil não é baseada no gênero, mas baseada em outras motivações que não a cultura patriarcal.

O Projeto de Lei original (PL nº 4.559, de 2004), em seu artigo 5º, parágrafo único, definia as relações de gênero como “as relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo”.

A noção de violência de gênero encontra-se pautada numa cultura de dominação, como explora Sérgio Ricardo de Souza:

Não parece correto afirmar que haja similitude entre a situação da mulher vítima da violência doméstica praticada por homem e a do homem vítima da violência doméstica praticada por mulher, isso porque, em diversos estudos

⁷⁹ SANTIAGO, Tatiana. Mulheres batem mais do que os homens nas brigas conjugais, mostra pesquisa. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 29 set. 2008. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u450084.shtml>> Acesso em 12 nov. 2008.

multidisciplinares desenvolvidos, constata-se como fator principal da violência doméstica levada a efeito, o de natureza cultural. Esse fator sustenta-se principalmente pela idéia de dominação e subordinação de natureza sexista que historicamente o homem vem exercendo sobre a mulher, motivando o agressor a não aceitar condutas ou atos de sua parceira que evidenciem insubordinação a esse status cultural. Esse fator cultural não se encontra presente em relação aos casos de violência inversa (da mulher contra o homem), o que permite classificar esta espécie de agressão como ordinária ou geral, merecendo um tratamento legal também geral, fora dos específicos limites da Lei 11.340/06, sem que isso evidencie qualquer inconstitucionalidade, já que está se dando tratamento diferenciado a situações também diferenciadas, sendo evidente a intenção do legislador da Lei sob comento e dos tratados que a inspiraram alterar fundamentalmente a cultura milenar da violência doméstica contra a mulher.⁸⁰

Entretanto, questiona-se por qual motivo haveria violência do gênero não como um fenômeno esporso, mas de modo concentrado e operante, significativo e amplo, como a virtual existência de um “movimento machista” a merecer contra si o recurso da sanção penal, se as estatísticas de violência indicam que os números de agressões são maiores contra o homem do que contra mulher. Esta é uma questão que precisa ser respondida pelos idealizadores da lei.

De acordo com conclusões extraídas do documento “WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women”, da Organização Mundial de Saúde (OMS), sobre violência doméstica contra a mulher:

A proporção de mulheres que já sofreram violência física por um parceiro macho estendeu-se de 13% no Japão a 61% no Peru provincial. Japão também teve o mais baixo nível de violência sexual com 6%, com o mais alto número de 59% sendo reportado na Etiópia.⁸¹

Como entender a existência de uma significativa violência de gênero nos casos de violência doméstica, considerando-se que no Japão, um país fortemente patriarcal, possui índices de violência doméstica contra a mulher relativamente baixos, se comparados aos índices da Etiópia, por exemplo?

Só podemos inferir que as causas da violência doméstica contra a mulher não residem nem no patriarcado nem no sexismo, e, por isso, para causas diversas, impõem-se soluções diversas, restando demonstrada aqui que tal discriminação contra o homem não guarda pertinência lógica com o fato “violência doméstica”.

⁸⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Op. cit. p. 39-40.

⁸¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women**. Disponível em

<http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter2/en/index2.html>

Acesso em 12 nov. 2008, tradução nossa. (The proportion of women who had ever suffered physical violence by a male partner ranged from 13% in Japan to 61% in provincial Peru. Japan also had the lowest level of sexual violence at 6%, with the highest figure of 59% being reported in Ethiopia.)

Que a hipossuficiência feminina existe frente a episódios de violência física contra o homem, não parece restar dúvida. Regra geral é verdade. Entretanto, disto não decorre que é fruto de uma matriz cultural supostamente opressiva, conforme exposto mais acima. Tampouco restringe-se ao lar, pois inexistente um movimento organizado masculino especializado em praticar violência doméstica. Se as estatísticas demonstram que ela é mais agredida no lar do que fora, o mesmo deve se estender igualmente ao homem, não havendo, contudo, um movimento organizado para politizar suas relações domésticas e ofertar tais estatísticas aos meios de comunicação. O fato é que as brigas fazem parte do cotidiano de toda família, sendo a violência apenas um desdobramento mais grave destes conflitos. Se o homem é tomado previamente como culpado pela violência, como faz a lei, ao presumi-lo como “agressor”, teremos que presumi-lo como “agressor” em quais sejam as situações, ainda mais porque 94% da população carcerária brasileira é formada por homens.⁸²

Assim, o preconceito forjado pela lei contra o homem colide-se com o texto constitucional, que é permeado de vedações de discriminação, inclusive a sexual, que está expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ressalte-se, ainda, que a lei objeto de análise trouxe consigo hipóteses exemplificativas de violência doméstica contra a mulher, para além das violências física e sexual em seu artigo 7º, a saber: psicológica, patrimonial e moral, as quais não propiciam qualquer fundamento lógico para uma virtual hipossuficiência frente a um caso concreto. Neste sentido, destaca Pedro Rui da Fontoura Porto a hipótese de violência patrimonial:

Nesse ponto, observe-se o seguinte exemplo: se a mulher já separada apropriar-se indevidamente de um bem do ex-marido, sendo ela processada pelo crime do art. 168, *caput*, do CP, assiste-lhe direito à suspensão condicional do processo, desde que presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95. Em contrapartida, invertendo-se os pólos ativo e passivo desta demanda, o *sursis* processual seria vedado pelo art. 41 da Lei 11.340/06. Porém, conforme aludido alhures, esse tratamento diferenciado não tem supedâneo racional, estando em desacordo com o princípio constitucional da igualdade e com o princípio supraconstitucional da razoabilidade que deve informar todo o ordenamento jurídico. Assim, justifica-se em tais casos deferir também ao homem a suspensão condicional do processo, pois o tratamento diferenciado em crimes patrimoniais não tem razão lógica sequer em diferenças culturais entre o homem e a mulher.

⁸² LÔBO, Irene. População carcerária feminina mais do que dobrou nos últimos cinco anos. **Agência Brasil**. 27 de jan. de 2008 Disponível em <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/01/26/materia.2008-01-26.6125037493/view>> Último acesso em 12 nov. 2008.

Aliás, a Lei Maria da Penha foi aprovada sob a bandeira da *violência física* contra a mulher, demonstrada por levantamentos e estatísticas, mas trouxe de carona outras formas próprias e impróprias de violência – patrimonial, moral, sexual, psicológica – algumas delas que a experiência nem revelou assim tão freqüente ou tão exclusiva do homem contra a mulher”.⁸³

Segundo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequilibradas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequilibrados que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.⁸⁴

Entre os fatores elencados acima, ensejadores de inconstitucionalidade por violação da isonomia, merecem especial atenção os itens “III e IV”. Isto porque, conforme restou demonstrado, inexistente lógica para dar calço a discriminações pautadas em “violência do gênero” contra a mulher, como faz a lei objeto de análise, bem como encontra-se em contradição com os interesses prestigiados na Constituição em seu artigo 3º.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais afastou a discriminação adotada pela lei para aplicar-lhe uma interpretação conforme a Constituição, estendendo os efeitos da norma a quaisquer indivíduos em situação de violência familiar ou doméstica, sejam homens, mulheres ou crianças:

Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa a União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/2006 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência

⁸³ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 1ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 63.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 47-48.

à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente. Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que seja plenamente lícita suas disposições. Neste contexto, inexistente a condição de inconstitucionalidade decorrente da discriminação produzida, mas tão somente uma imposição inconstitucional que deve ser suplantada pelo intérprete equiparando as condições de homem e mulher, de modo a permitir a análise da pretensão que é da competência do Juízo que afastou a incidência da norma.⁸⁵

Afigura-se, contudo, numa solução insincera, pois o texto legal remete-se inteiramente à mulher, com menção preambular às convenções contra a discriminação e violência contra a mulher, citando a assistência para serviços de contracepção de emergência entre outras disposições tangíveis exclusivamente à mulher. Pois, conforme já dito, a interpretação conforme a Constituição somente será possível quando há um espaço de interpretação aberto a várias propostas interpretativas, o que não se aplica ao presente caso. O intérprete não pode, assim, simplesmente dar-se por insatisfeito com a norma e assumir a função de legislador, desvirtuando completamente o espírito da lei, e ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes. Além do mais, segundo a melhor doutrina, a norma penal deve ter interpretação restritiva, sendo descabidas analogias que desfavoreçam o réu. Como lembra Rogério Greco:

Quando se inicia o estudo da analogia em Direito Penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliado o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, etc.⁸⁶

O mesmo se deve entender em sede de Direito Processual Penal, dado o seu caráter instrumental, pois tudo o que foi dito sobre o princípio da igualdade em relação ao Direito Penal tem aplicação nos institutos processuais penais que versem sobre a liberdade, porque não se trata somente de normas processuais, mas de normas mistas, com acentuado conteúdo

⁸⁵ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Daniel Campolina Gomes. Relator. Judimar Biber, Belo Horizonte. Julgado em 06.11.2007. DO 21.11.2008. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=672&ano=7&txt_processo=249317&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical> Acesso em: 12 nov. 2008.

⁸⁶ GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**, Vol. 1. 10ª Edição, Niterói, Editora Impetus, 2008, p. 46.

de direito material, qual seja, de Direito Constitucional: direito fundamental de liberdade. No aspecto deste direito fundamental, situações iguais não podem ser tratadas de modo diferente.

5.2.3 As medidas protetivas sob o ângulo do princípio da proporcionalidade

Geraldo Prado ressalta que “os elementos configuradores da justa causa para a medida devem estar demonstrados e devem ser explicitados pelo juiz em sua decisão”.⁸⁷

Esta justa causa nos remete diretamente ao juízo de proporcionalidade da medida. Com efeito, se não há nada em abstrato a opor acerca de uma duvidosa constitucionalidade nas medidas em si, a não ser a violação do princípio da igualdade tratada anteriormente, mas desconsiderada aqui para efeito de argumentação, em concreto deve-se tão somente efetuar uma ponderação da viabilidade de sua decretação.

O princípio da proporcionalidade integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, impondo proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos. É, pois, na tensão existente entre segurança e liberdade, a maximização da liberdade.⁸⁸

De conformidade com tal princípio, a norma não acabe por gerar mais malefícios do que benefícios aos seus destinatários, e, portanto, certos parâmetros devem ser observados para que a intervenção penal deva guardar relação com a defesa de interesses relevantes à sociedade, de modo que a proteção dispensada ao bem jurídico seja proporcional à importância deste para a sociedade.⁸⁹ Assim, deve haver um equilíbrio donde cada restrição de uma liberdade garantida por um direito fundamental deva resultar adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor.⁹⁰

O princípio da proporcionalidade atende à necessidade de que conceitos de justiça, liberdade, legalidade e segurança sejam operacionalizados de modo a se hierarquizarem, pela hermenêutica, nas situações concretas, na perspectiva material e normativa dos princípios constitucionais, com vistas à efetivação da dignidade humana.

⁸⁷ MELLO, Adriana. (Org.). Op. cit. p. 121.

⁸⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit. p. 36.

⁸⁹ Ibid. p. 21.

⁹⁰ Ibid. p. 36.

Traduz-se a proporcionalidade, em entendimento resumido, no princípio que limita a limitação dos direitos fundamentais.⁹¹

Deste modo, interessa aqui, qual seja a medida decretada com base na postulação da vítima, que as limitações impostas ao acusado não tenham o condão de gravá-lo mais que o necessário. Seriam exemplos de medidas que extrapolam tal limite, a restrição do porte de arma de um policial, simplesmente pelo fato de sê-lo, inviabilizando o exercício de sua profissão, bem como a imposição de limites arbitrários de aproximação da vítima, que inviabilizassem o seu direito de ir e vir. Tais situações, no entanto, só podem ser estudadas sob o ângulo da proporcionalidade em determinado caso concreto. Abstratamente, as medidas são constitucionais. Pois, conforme acentua Guilherme Nucci, se o juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício no processo penal comum, por que não poderia determinar o afastamento do agressor do lar, por exemplo, ainda que não requerido pela ofendida nem pelo Ministério Público? Afinal, quem pode o mais, pode o menos.⁹²

5.3 O artigo 41

O artigo em epígrafe vem enfrentando uma torrente de críticas por parte de setores da doutrina, com alegações de inconstitucionalidade por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade. A jurisprudência encontra-se vacilante, com algumas decisões determinando que os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher sejam julgados de acordo com os procedimentos da Lei 9.099/95.

5.3.1 A suposta colisão com o princípio da igualdade

O artigo em questão consta da petição inicial da ADECON postulada pelo Presidente da República, nos seguintes termos:

Argumenta-se que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, ao vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95 à violência doméstica e familiar contra a mulher, teria afrontado a competência estabelecida pelo artigo 98, I, da Constituição

⁹¹ D'URSO, Flavia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. 1ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007, p. 141.

⁹² NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 1141.

Federal, que prevê a criação dos Juizados Especiais, para processar e julgar as infrações penais consideradas de pequeno potencial ofensivo.

No ponto, inexistente inconstitucionalidade, uma vez que o Poder Constituinte não pré-selecionou o critério a ser valorado para definição de crimes de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais, ao contrário, cometeu ao legislador infraconstitucional a tarefa de concretizar o comando normativo (mediação legislativa).⁹³

No mesmo sentido, Sérgio Ricardo de Souza observa que:

A previsão da implantação de juizados especiais criminais com competência para processar e julgar as “infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação” acha-se no art. 98, I, da CRFB. Entretanto, a norma constitucional não desceu a minúcias, deixando a tarefa de estabelecer quais as condutas seriam consideradas “infrações penais de menor potencial ofensivo” para o legislador ordinário, o qual estabeleceu que “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (Lei 9.099/95, art. 61, com a redação dada pela Lei 11.313, de 2006). Como a nova Lei (11.340/06) é posterior e prevê expressamente que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26.09.1995”, o que se tem é a exclusão dos crimes dessa natureza, do rol das chamadas “infrações de menor potencial ofensivo”, não havendo inconstitucionalidade, já que o legislador infraconstitucional agiu dentro dos limites que o constituinte lhe reservou⁹⁴.

O Enunciado 2 do TJ/ES concluiu que “a vedação de aplicação da Lei 9.099/95, prevista no art. 41 da Lei 11.340/06 não afronta os arts. 5º, I e 98, I, da CRFB, já que cabe ao legislador infraconstitucional definir as infrações de menor potencial ofensivo”⁹⁵.

Desta forma, em sede de violência doméstica, o réu não pode valer-se dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95, e o juiz não pode propor composição de danos ou aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (Lei 9.099/1995, art. 72). Não há possibilidade de o Ministério Público sugerir transação ou a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou de multa (Lei 9.099/1995, art. 76). Igualmente não é possível a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89).

Por outro lado, foram publicados enunciados aprovados no III Encontro dos Juizes de Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais – Armação de Búzios -, 01 a 03 de setembro de 2006 (III EJJETR), negando validade ao mencionado artigo, *verbis*:

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19-3. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=19&processo=19>> Acesso em 12 nov. 2008.

⁹⁴ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Op. cit. p. 191.

⁹⁵ Loc. cit.

82 – "É inconstitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 ao afastar os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do art. 98, I e 5º, I, da Constituição Federal" (III EJJETR)

83 – "São aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006" (III EJJETR)

84 – "É cabível, em tese, a suspensão condicional do processo para o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006" (III EJJETR)

88 – "É cabível a audiência prévia de conciliação aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo de pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006" (III EJJETR)

89 – "É cabível a audiência prévia de conciliação para o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006". (III EJJETR)

Luiz Gustavo Grandinetti entende que:

Se o objetivo do legislador tiver sido o de afastar a transação penal e a suspensão condicional do processo nas infrações que se conformaram dentro dos patamares caracterizadores de um e de outro instituto, a proibição é inconstitucional.

A fundamentação de tal inconstitucionalidade reside na afronta ao princípio da igualdade, aplicando-se aqui todas as considerações feitas por ocasião dos comentários anteriores, especialmente o do artigo 20.

Não se concebe que uma ameaça praticada por uma mulher em relação a um homem, em ambiente doméstico e familiar, permita a transação penal e a suspensão condicional do processo e, na hipótese inversa, a inadmita pela só circunstância de diferença de gênero. O mesmo sucede com outros crimes: lesão corporal leve, injúria, difamação, calúnia etc.⁹⁶

Em vista do exposto, deve-se compreender que a definição do que vem a ser uma infração penal de menor potencial ofensivo, para efeito de aplicação ou não da Lei 9.099/95, cabe ao legislador infraconstitucional indicar, por expressa previsão constitucional em seu artigo 98, I:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁹⁶ MELLO, Adriana. (Org.). Op. cit. p. 172.

Argumentam os defensores da constitucionalidade do artigo, ainda, que não houve alarde quando a Lei 9.839/1999 afastou a incidência da lei dos juizados especiais no âmbito dos crimes militares, já que o legislador tem poder para determinar, fora do contexto da Lei 9.099/1995, quais são os crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou lesivo.⁹⁷

Não há, por certo, no aspecto formal da lei, qualquer inconstitucionalidade no artigo 41 em se afastar a incidência da Lei 9.099/95 aos crimes que são objeto da LMP. Entretanto, a apreciação da constitucionalidade não deve se limitar unicamente ao aspecto formal, pois é preciso uma análise de cunho material, a partir de uma interpretação sistêmica, pois a lei em questão é parte integrante de todo um sistema normativo, de modo que dela não deve resultar uma aplicação em desconformidade aos princípios constitucionais, para que disto não decorra a produção de distorções inaceitáveis.

Toda controvérsia gira em torno das diferenças procedimentais que para casos análogos são estabelecidas entre os sexos, gerando distorções que arranham o princípio da igualdade. Isto porque a determinação constitucional de infração de menor potencial ofensivo, cuja definição foi delegada à lei infraconstitucional, é destinada a todos, como um direito e garantia do cidadão em face do Estado, não se assentando no sexo um critério razoável para tal efeito de definição, consoante o artigo 5º, I, da CRFB.

Não se configura aceitável dispensar, em casos análogos, um tratamento mais gravoso a uma pessoa, em casos de violência doméstica e familiar, simplesmente por ser homem e pelo fato do sujeito passivo ser mulher, pois o grau de lesividade deve ser tomado em função da lesão em si, e não do gênero do agressor. A adoção de regime mais gravoso a determinados crimes se dá não pelo gênero do agressor, mas se justifica pela própria gravidade do delito.

Situações desta monta podem gerar distorções inaceitáveis, como já frisado. Um exemplo é de um pai que agride um fisicamente um filho pequeno fazer jus aos benefícios da Lei 9.099/95, enquanto se agredir a filha, qualquer que seja sua idade, não terá o mesmo tratamento. É de todo injustificável que dois crimes idênticos, com a mesma descrição típica e a mesma sanção, recebam tratamentos diferenciados, com soluções igualmente diferenciadas. Conforme acentua Celso Bandeira de Mello:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do

⁹⁷ SOUZA, Luís Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar**. 2ª edição, São Paulo, Editora Método, 2008, p. 71.

traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.⁹⁸

Distorções como as citadas mais acima nos levam a visualizar que está ausente uma justificativa racional para tal discriminação.

Por último, quanto ao afastamento da Lei 9.099/95 operado pela Lei 9.839/99 no tocante aos crimes militares, deve-se ter em mente que existem crimes militares próprios e impróprios, segundo estejam só previstos nas leis de natureza militar. Embora o afastamento tenha abrangido tanto os crimes próprios quanto os impróprios, no que tange aos crimes próprios, segundo entende acertadamente Damásio E. de Jesus, a lei nova poderia ser defensável, tendo em vista se regerem pelas regras da hierarquia e da disciplina. No que diz respeito aos crimes impróprios, segundo este autor, é de flagrante inconstitucionalidade, ferindo os princípios da isonomia e da proporcionalidade.⁹⁹

Deste modo, há que se entender que o artigo 41 é inconstitucional por ferir o princípio da igualdade.

5.3.2 A suposta colisão com o princípio da proporcionalidade

Da tensão natural no conflito da liberdade e da segurança insere-se em cenário jurídico no qual é estabelecida a primazia da dignidade humana na hierarquia da hermenêutica constitucional. Na solução dos conflitos judiciais decorrentes dessa inevitável ponderação de bens, exsurge a proporcionalidade como um princípio no intuito de limitar a restrição de eventuais direitos individuais, na apreciação do caso concreto.

Este princípio costuma ser subdividido em três suprincípios com base na doutrina alemã: o princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes.¹⁰⁰ O meio é adequado quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz.¹⁰¹

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op. cit. p. 29-30

⁹⁹ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 109.

¹⁰⁰ D'URSO, Flavia. Op. cit. p. 66.

¹⁰¹ Ibid. p. 67.

Nas lições de J. J. Gomes Canotilho, o princípio da exigibilidade ou da necessidade coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível.¹⁰²

A dignidade humana é o núcleo essencial intangível na concretização da máxima proporcionalidade. O conteúdo essencial da dignidade humana em nada se relaciona ao mérito pessoal do acusado no processo penal, porquanto precede ele o próprio Estado e se consubstancia na idéia mesmo de justiça humana.¹⁰³

De acordo com Flavia D'Urso, a Lei nº 9.099/95 veio a atender aos princípios parciais de proporcionalidade. Com efeito, os critérios citados de orientação do procedimento ajustam-se perfeitamente à adequação, porquanto é exata a relação da lesão do bem jurídico ao mecanismo processual da resposta do Estado. Também se compraz a Lei nº 9.099/95 na eleição de seu procedimento ao subprincípio da necessidade. A menor desvantagem possível do cidadão, da qual menciona J.J. Gomes Canotilho, realiza-se de forma plena: não há o modelo clássico do processo penal e seus corolários, como sejam audiências, sentenças etc. A justa medida ou a proporcionalidade em sentido estrito nos exatos termos em que, juridicamente, não se tem dúvida de que o resultado prático da transação penal ou da suspensão condicional do processo assegura um desfecho processual bastante favorável àqueles que optam por tais institutos.¹⁰⁴

O afastamento da aplicação das disposições da Lei 9.099/95 levadas a efeito pelo artigo 41 traz consigo irremediáveis conseqüências ao núcleo do princípio da proporcionalidade. Isto porque a proporcionalidade de determinada norma não pode ser medida tomando-a de forma isolada e destacada das demais normas do gênero, mas deve ser empreendida através de análise sistemática de todo um conjunto normativo.

Cite-se aqui um trecho do voto do Desembargador Romero Osme Dias Lopes, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, ao apreciar a aplicação da LMP, esmiuçou algumas disfunções que a partir dela se dariam no interior da sistemática processual penal:

Note-se que a Constituição Federal, razoável e proporcionalmente, estabelece regimes penal e processual mais gravosos para autores dos chamados crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ao passo que permite medidas despenalizadoras quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (arts. 5º., XLII, XLIII e XLIV e 98, I, ambos da Constituição Federal).

¹⁰² Loc. cit.

¹⁰³ Loc. cit.

¹⁰⁴ Ibid. p. 130.

Como, então, tratar diferentemente autores de crimes cuja pena máxima aplicada não for superior a quatro anos, se atendidos os demais requisitos autorizadores da substituição (art. 44 do Código Penal)? Assim, acusados por crimes como furto, receptação, estelionato, apropriação indébita, peculato, concussão, etc., podem ser beneficiados pela substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária ou multa. Já um condenado por injúria ou ameaça (pena máxima de seis meses), estará impedido de ser beneficiado pela substituição, caso tenha praticado aqueles delitos contra uma mulher, em situação de violência doméstica e familiar. Convenhamos tratar-se de um verdadeiro despautério. A violação ao referido princípio constitucional salta aos olhos.

A vedação de se aplicar as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo), bem como da medida “descarcerizadora” do art. 69 (Termo Circunstanciado e não lavratura do auto de prisão em flagrante, caso o autor do fato comprometa-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal) está em total desacordo com o princípio da proporcionalidade, configurando vício de inconstitucionalidade.¹⁰⁵

Com efeito, se a ofensa ao princípio da igualdade é tomada em seu caráter abstrato, a ofensa ao princípio da proporcionalidade decorre de um entendimento sistêmico de todo conjunto de nosso ordenamento jurídico.

Por conta do artigo 41, o crime de lesão corporal leve praticado contra pessoa do gênero feminino volta a ser um crime de ação penal pública incondicionada, em claro antagonismo à tendência de um direito penal de intervenção mínima, enquanto se o mesmo crime é praticado contra pessoa do gênero masculino, o agressor é beneficiado com um procedimento menos gravoso, sob a órbita da Lei 9.099/95. Assim, para situações análogas, enquanto para este último exsurge no nosso ordenamento jurídico a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública e verdade consensuada, levada a cabo pela Lei nº 9.099/95, o mesmo não se dá para o primeiro, simplesmente em razão do gênero da vítima. Segundo a insuspeita Leda Hermann:

Descondicionar a ação penal por crime de lesão corporal leve cometido em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher implica ofensa ao princípio constitucional da igualdade no artigo 5º, caput, da CR, se não em relação ao acusado, seguramente em relação à vítima.¹⁰⁶

Resulta deste tratamento diferenciado não somente lesão ao princípio da igualdade, mas também da proporcionalidade, na medida em que o sistema procedimental, examinado em conjunto, poderá dispensar tratamento mais gravoso para pessoas que cometem infrações

¹⁰⁵ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Segunda Turma Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-0. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Paulino José da Silva. Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgado em 26 set. 2007. Publicação: 24 out. 2007. Nº Diário: 1606. Disponível em < <http://www.tj.ms.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010004CC70000&nuProcesso=2007.023422-4>> Acesso em 12 nov. 2008.

¹⁰⁶ HERMANN, Leda Maria. Op. cit. p.245.

até menos graves, desde que venham a cometê-las contra uma mulher em situação de violência doméstica e familiar. A substituição da prisão em flagrante pelo termo circunstanciado, admitida pelo artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, por exemplo, não poderá ser feita.

Assim, rompe-se com a essência do princípio da proporcionalidade, no qual deve ser guardada a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana, pois um processo criminal não pode ser mais grave e mais sério do que a conduta que ele visa a apurar, como se daria com o afastamento da Lei 9.099/95 e a reintrodução de procedimentos mais gravosos ao acusado.

5.4 O artigo 42

O artigo em epígrafe introduziu um novo pressuposto autorizador da prisão preventiva, possibilitando ao juiz, de ofício ou provocado, decretar a prisão provisória do acusado, “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

5.4.1 A prisão cautelar

Para efetivação de prisão cautelar, o meio é adequado quando, na sua utilização, alcança-se o resultado pretendido com limitação menos perceptível a direito essencial.

A prisão cautelar, na perspectiva principiológica, não é automática, tem caráter excepcional, atende a requisito de cautelaridade e demanda a concorrência da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme Flávia D’Urso, haverá adequação na segregação se o alcance do resultado pretendido na persecução penal lesar menos aparente direito essencial do preso. A necessidade exige que haja a menor desvantagem possível ao direito do indivíduo. O juiz deve fazer um balanceamento comparativo entre as opções de restrições de direito que intermedeiam uma liberdade pouco vigiada a total clausura. O princípio parcial da necessidade impõe, ainda, a exigência da fixação do período de duração da prisão cautelar. Com a proporcionalidade em sentido estrito, deve o juiz ponderar interesses constitucionais

propriamente ditos. A questão valorativa é, nesse suprincípio, particularmente avaliada e a intervenção do Estado leva em conta os critérios da consequência jurídica do crime, a importância da causa, o grau de imputação e o êxito previsível da medida.¹⁰⁷

No que toca à imposição da prisão cautelar, deverá ela ser tida como verdadeira *ultima ratio* das medidas restritivas à disposição do poder público na persecução penal. Obriga-se o juiz criminal, com vínculo normativo como se exaustivamente aqui se registrou, a eleger uma medida menos lesiva aos direitos do indiciado ou acusado.

O Estado-Juiz, assim, se obriga a rechaçar as medidas que podem ser substituídas por outras menos gravosas, mecanismo mediante o qual se diminui a lesividade da intromissão na esfera dos direitos e liberdade do indivíduo.

A perspectiva normativa dos princípios da não-culpabilidade e excepcionalidade da prisão confere aos direitos fundamentais uma prevalência ao interesse também protegido constitucionalmente, que é o da segurança das pessoas na sociedade (art. 144 da Constituição Federal).

Assim, a imposição restritiva de direitos no processo penal, advinda da ponderação dos interesses da sociedade em confronto à liberdade do indivíduo, a preservar o núcleo essencial e intangível dos direitos – a dignidade humana – deve ser adequada, necessária e proporcional.

Por fim, a manutenção da própria segurança da comunidade e da existência do Estado se dá com a preservação da dignidade humana na ponderação de interesses envolvidos no processo penal, quais sejam, a liberdade e a segurança, pelo mecanismo da proporcionalidade e seus subprincípios.¹⁰⁸

5.4.2 Suposta violação ao princípio da proporcionalidade

O Código de Processo Penal reservava a prisão preventiva para os crimes punidos com reclusão, mas, em verdadeira quebra do sistema, com a LMP, com intuito de coibir a violência doméstica em relação à mulher, apesar da pena de lesões leves ser de detenção, se possibilitará a decretação da prisão preventiva.

¹⁰⁷ D'URSO, Flavia. Op. cit. p. 142.

¹⁰⁸ Ibid. p. 143.

Assim, por exemplo, perpetrado um delito de lesão corporal leve contra a mulher, nos moldes da lei em estudo, o autor pode ter decretada a prisão preventiva, embora seja tal crime apenado com detenção. Tal espécie de prisão provisória somente tinha previsão, na redação anterior, nas hipóteses do indiciado ser vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, o que raras vezes era verificado, ou se antes tivesse sido condenado pela prática de crime doloso.

Tal iniciativa mereceu aplausos de parte da doutrina. Maria Berenice Dias considerou a inovação bem-vinda, e entende que exigir a presença de todos os pressupostos legais que já se encontravam na lei (art. 312 CPP) afastaria qualquer justificativa para esta nova hipótese de prisão preventiva.¹⁰⁹

Marcellus Polastri Lima entende ser totalmente imprópria a previsão:

Em vista do princípio da proporcionalidade não se pode decretar prisão preventiva se a pena final não comportar a efetiva prisão. Como a pena da lesão corporal leve não levará o agente à prisão, em vista de ser cabível a substituição por restritiva de direitos, o *sursis*, ou mesmo o cumprimento em regime aberto (isto se levarmos em conta que foi vedada a possibilidade de conciliação e a transação penal, como quer o legislador), não há qualquer razoabilidade de se permitir a decretação da prisão preventiva. Portanto, totalmente esdrúxula a previsão da prisão preventiva *in casu*.¹¹⁰

Deve-se considerar, conforme já frisado, que o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma regra dirigida à maximização da liberdade, tendo como núcleo essencial intangível nesta concretização a dignidade humana. Na sua operacionalização não há possibilidade de restringir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou mesmo sacrificá-lo, para beneficiar o aumento do bem estar econômico e social de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos.

O conteúdo essencial da dignidade humana é intocável. E esse valor em nada se relaciona ao mérito pessoal do acusado no processo penal, porquanto precede ele o próprio Estado e se consubstancia na idéia mesmo de justiça humana.

Ocorre que da aplicação de prisão cautelar para garantir aplicação de medidas protetivas, em crimes cuja pena final sequer comporte a prisão, resultar-se-á numa visível ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Evidente que as medidas processuais devem pautar-se na lógica da estrita necessidade e, conseqüentemente, na proibição de excessos.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 102-103.

¹¹⁰ FREITAS, André. (Coord.). Op. cit. p. 154.

No dizer de Sérgio Ricardo de Souza, os crimes que em regra são tutelados pela Lei 11.340/06:

O(a) suposto(a) agressor(a) passa a ser hipossuficiente frente à máquina estatal, necessário se fazendo acionar em seu favor princípios como o do “devido processo legal” e “presunção de inocência”, para alcançar, na relação processual penal, a igualdade material. Não se pode pretender aplicar a suposta agressora as premissas do “direito penal do inimigo” e sujeitá-la à prisão de natureza cautelar não fundamentada e necessária, sendo cabível apenas quando presente os requisitos e pressupostos dela.¹¹¹

Assim, é preciso que se tenha cuidado na aplicação da prisão cautelar, para que no fim das contas ela não se revista de um caráter que extrapole até mesmo o de uma medida satisfativa, pois, certamente, estar-se-ia afrontando-se o princípio da proporcionalidade em tal situação.

5.4.3 Suposta violação ao princípio da igualdade

Pense-se na não rara possibilidade de a mãe causar lesão corporal dolosa de natureza leve no filho menor, ou de a neta fazer o mesmo com o avô idoso. Nesses casos, não poderá ser decretada a prisão preventiva, pois o artigo 313, I, do Código de Processo Penal, somente admite a prisão preventiva para os crimes apenados com reclusão, o que não acontece com a lesão leve. Mas a mesma lesão leve que venha a ser praticada pelo irmão contra uma irmã, ou pelo marido contra a mulher, ensejará a prisão preventiva, caso necessária para garantir a execução de uma medida protetiva.

Definitivamente, não há justificativa constitucional para a gritante diferença de tratamento.

A alegação de se tratar de uma ação afirmativa, para motivar tal tratamento diferenciado, já foi tratada na seção 5.2.2. Além disso, observou bem Luiz Gustavo Grandinetti que as características de ações desta natureza não se apresentam no âmbito penal, nem no processual penal, de modo que nem sequer cumpre-se um efetivo papel como ação afirmativa. A ação afirmativa agora examinada – a possibilidade de decretação de prisão preventiva para garantir a execução de uma medida protetiva deferida em favor de uma mulher vítima de violência doméstica e familiar – não tem caráter genérico, pois não beneficia a coletividade de mulheres, mas somente uma mulher determinada, que é a suposta vítima de violência. Tampouco a medida gera uma igualdade de oportunidades, pois não se trata disso,

¹¹¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Op. cit. p. 130-131.

nos âmbitos enfocados, arranhando princípios como o da culpabilidade e da proporcionalidade. Por isso a doutrina tem se inclinado por entender inconstitucional qualquer medida que, a pretexto de adotar uma ação afirmativa no interesse de uma determinada coletividade, acaba por afrontar os fins do Direito Penal e do Direito Processual Penal, gerando desigualdade no processo.¹¹²

5.4.3 Suposta violação ao princípio da taxatividade da prisão civil por dívidas

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto discutem a constitucionalidade deste dispositivo, alegando que várias das medidas protetivas têm caráter civil, de modo que decretar a prisão preventiva do acusado como forma de garantir a execução de uma medida protetiva de índole civil incorrerá na inevitável pecha de inconstitucionalidade:

Com efeito, se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos arts. 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, de prática de crimes. E, pior, afrontará o princípio constitucional no art. 5º, LXVII, que autoriza a prisão civil apenas para as hipóteses de dívida de alimentos as medidas de proteção determinadas no curso do inquérito policial ou do processo penal, com menor restrição aos direitos e garantias fundamentais do indiciado/acusado.¹¹³

Sérgio Ricardo de Souza, entretanto, entende que o objeto é a segurança da vítima:

Quando a medida protetiva descumprida tiver natureza penal, a aplicação da prisão preventiva (art. 20), não dará ensejo a questionamentos. Porém, quando medida for eminentemente cível, poderá ensejar alegação de inconstitucionalidade (CRFB, art. 5º, inc. LXVI), o que não se justifica, pois a vedação constitucional limita-se aos casos de “prisão cível por dívida” e nesta lei o objeto é a segurança da vítima. Nesse contexto, a prisão preventiva a que alude o art. 20 poderá ocorrer desde que presentes os requisitos e fundamentos do art. 312 do CPP e haja descumprimento de medida protetiva que vise garantir a segurança da vítima”.¹¹⁴

É preciso ter em conta, porém, que embora o objeto seja a segurança da vítima, em que pese ainda estar inserida no Código de Processo Penal, quando motivada a prisão por descumprimento de medida protetiva de caráter cível, a prisão cautelar em questão não perde a sua natureza de prisão cível.

¹¹² MELLO, Adriana. (Org.) Op. cit. p. 106-108.

¹¹³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**. 2ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 123-124.

¹¹⁴ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Op. cit. p. 73.

Com razão, as hipóteses em que a Constituição Federal prevê a disciplina e a aplicabilidade da prisão civil em nosso ordenamento jurídico são taxativas, de acordo com Alexandre de Moraes:

Excepcionalmente, porém, em dois casos será permitida a prisão civil decretada pela autoridade judicial competente: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel. Hipóteses estas taxativas, impossibilitando seu alargamento por determinação do legislador ordinário.¹¹⁵

Desta forma, prisões cautelares motivadas por medidas protetivas de natureza cível são inconstitucionais. Neste sentido, observa Luiz Gustavo Grandinetti:

As medidas do artigo 24 têm natureza eminentemente patrimonial e não podem fundamentar a decretação de prisão preventiva. São medidas de natureza cível, que, se descumpridas, importarão inadimplência civil ou anulação de atos civis. Em última instância, poderão gerar uma obrigação civil em favor da mulher. Tal obrigação não se presta a fundamentar a prisão preventiva. Recorde-se que o artigo 5º, LXVII, proíbe a prisão por dívida, salvo nos casos de dívida alimentar e depositário infiel. Quanto a esta última, o artigo 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos a inadmite, pois só cogita da prisão civil para a dívida alimentar.¹¹⁶

Ressalta o autor, por fim, que não basta o risco abstrato de descumprimento da medida:

Hão que existir fundadas razões para passar-se a uma medida mais gravosa e o juiz deve consigná-las na decisão que decretar a prisão, sob pena de sua ilegalidade.

Nem todo descumprimento de medida protetiva, porém, pode fundamentar a decretação da prisão preventiva. Não se pode nunca perder de vista o instituto de que se está cogitando: trata-se de uma prisão processual, que tem natureza e objetivos definidos pela ciência do Direito Processual Penal, que não podem ser deturpados.

Assim, é preciso investigar quais medidas protetivas ensejariam a decretação da prisão preventiva, acaso descumpridas.¹¹⁷

Assim, o escopo da constitucionalidade do artigo depende efetivamente da natureza jurídica da prisão cautelar. Sendo prisão cível, resultará em indubitável inconstitucionalidade.

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 7ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2007, p. 361.

¹¹⁶ Ibid. p. 111-112

¹¹⁷ Loc. cit.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LMP resulta de grande equívocos, seja porque o diagnóstico extraído do fenômeno da violência doméstica contra a mulher é equivocado, seja porque é medida imprópria, ineficaz e carregada de inconstitucionalidades, seja porque é injusta e anti-social.

A lei em questão não cumpre um papel integrador. Pelo contrário. Trata-se de uma norma subversiva, que não se acomoda às coordenadas ditadas pela Constituição e também à sistemática normativa infraconstitucional.

Inspirada na corrente mais radical do movimento feminista, o feminismo de gênero, conforme já restou demonstrado, a lei orienta-se para o conflito em lugar da conciliação, e socorre-se do Estado para intervenções das mais escabrosas em âmbito familiar. Isto pode ser depreendido pela ausência em seu texto de previsão de audiência de conciliação, pela dificuldade criada para retratação da representação contra o acusado, pelo afastamento das medidas despenalizadoras e descarceiradoras previstas na Lei nº 9.099/95, que, em determinadas situações, poderá impulsionar a obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público em pequenos delitos, como no caso de lesões corporais leves, e, ainda, pela previsão da Justiça Federal passar a processar e julgar conflitos domésticos comezinhos, sem relação com crimes envolvendo questões de amplitude nacional.

Conforme ressaltou o Desembargador Romero Osme Dias Lopes em julgamento de Recurso de Sentido Estrito pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

O que não podemos aceitar é uma lei travestida de vingança social com sérias conseqüências no cotidiano de milhares de outras pessoas, como soe acontecer com esta e outras que “respondem” ao apelo momentâneo e emporcalham o sistema por vários anos.¹¹⁸

Não é preciso dizer que resultado desta política ultra-intervencionista será um sem-número de processos abarrotados por delitos de bagatela aguardando decisão, tendo em vista a morosidade intrínseca ao sistema repressivo estatal clássico com um inquérito policial e uma extensa e burocrática produção de prova, para serem efetivamente julgados em momento tão extemporâneo que a maioria dos efeitos lesivos sobre a vítima estariam por muito esquecidos e cicatrizados, mas que seriam reavivados por ausência de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal em dado caso concreto. Sem contar que o réu tem direito à tutela jurisdicional, ou seja, um direito à sentença, dentro dos prazos legais. Resultado é que a rigidez excessiva da lei acabaria destruindo a unidade familiar em vez de tentar harmonizá-la.

Como acentuam vários profissionais que lidam diretamente com tais casos, a condenação do agressor só piorará a relação familiar, podendo levá-la irremediavelmente à destruição com efeitos dos mais diversos que serão sentidos não somente pelo agressor, mas por todos que dele dependem ou com ele estejam envolvidos, como é o caso da própria vítima.

Isto porque quando uma mulher se dirige a uma delegacia para registrar a ocorrência, vai buscar auxílio para que a paz volte a reinar na sua casa. Não tem o desejo de se separar e nem quer que seu cônjuge ou companheiro seja preso, só quer que ele pare de agredi-la. Parece certo, portanto, que no sistema consensuado o conflito familiar, por meio do diálogo e do entendimento, seria a solução mais vantajosa e duradoura, pois no sistema retributivo clássico isso jamais será possível.

A importância da instituição família é fora de questão. A Carta Magna estabelece que a família é a base da sociedade, demandando proteção especial do Estado, nos termos do art. 226 da CRFB, e o artigo 1.513 do Código Civil assim estatui: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. A violabilidade, como exceção, no Estado Democrático de Direito, só pode ocorrer por decisão judicial. Sendo assim, os fins de qualquer lei infra-constitucional não podem colidir com este propósito

¹¹⁸ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Segunda Turma Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-0. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Paulino José da Silva. Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgado em 26 set. 2007. Publicação: 24 out. 2007. Nº Diário: 1606. Disponível em < <http://www.tj.ms.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010004CC70000&nuProcesso=2007.023422-4>> Acesso em 12 nov. 2008.

constitucional, como se dá com uma norma cujo propósito é o de desfazer famílias ao invés de preservá-las.

Patricia Morgan, pesquisadora sobre crime, família, adoção e política de bem-estar, professora visitante na Escola de Humanidades da Universidade de Buckingham, no Reino Unido, disserta superficialmente sobre os benefícios da entidade familiar:

Casamentos incorporam um conjunto de normas, responsabilidades e obrigações compulsórias para seus membros; organiza parentesco, regula comportamento sexual, direciona o fluxo de recursos e cuidados entre gerações e no interior de comunidades. Conecta homens à comunidade maior e encoraja responsabilidade pessoal e altruísmo. Provê um eficiente caminho de unir recursos, combina talentos individuais e recruta apoio desde uma rede de parentes, amigos e membros da comunidade, para compartilhar riscos e mitigar divisões e perdas. Em sociedades modernas, facilitar a aquisição de capital social, que é gerado como um subproduto de relacionamentos, ou em laços de confiança mútua, fidelidade, comprometimento, valores comuns e obrigações.¹¹⁹

Os artigos apreciados neste trabalho encontram-se eivados de inconstitucionalidades. Eventual interpretação conforme a Constituição, abrigoando o homem como sujeito passivo da lei, seria lesiva ao princípio da taxatividade no direito penal e afrontaria o princípio da separação dos poderes com o Judiciário atuando como legislador. Segundo Maria Helena Diniz: “A aplicação da lei em desconformidade com seus fins, outrossim, constitui ato de burlar a lei, pois quem desatende ao fim legal está desvirtuando a própria lei. É na finalidade da lei que está presente o critério de sua correta aplicação a um dado caso”.¹²⁰

A LMP, além disso, destoa da evolução do direito penal contemporâneo de fragmentariedade e de intervenção mínima. Segundo estas premissas, as diretrizes da Constituição determinam que, para proteger os bens jurídicos, o Estado deve esgotar os meios menos lesivos antes de se utilizar do recurso à norma penal, que, neste sentido, deve constituir uma arma subsidiária, a *ultima ratio*. Antes de tudo, é preferível a utilização de meios desprovidos de caráter sancionatório, como uma adequada política social; em seguida, se necessário for, recorre-se a sanções não penais, tais como civis ou administrativas; somente,

¹¹⁹ MORGAN, Patricia. **The War Between the State & the Family**. New Brunswick and London, Transaction Publishers, 2008, p. 26, tradução nossa. (Marriage embodies a set of norms, responsibilities and binding obligations for its members, organises kinship, regulates sexual behaviour, channels the flow of recourses and care between generations and within communities. It connects men to the larger community and encourages personal responsibility and altruism. It provides an efficient way to pool recourses, combine individual talents and recruit support from a network of relatives, friends and community members, to share risks and mitigate disruptions and losses. In modern societies, it facilitates the acquisition of social capital, which is generated as a by-product of relationships, or in bonds of mutual trust, dependability, commitment, shared values and obligations).

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 170.

então, quando nenhum dos meios anteriores for suficiente, estará legitimado o recurso à pena ou à medida de segurança.

Até mesmo Leda Hermann, favorável à lei, reconhece que “é retrocesso na proporção em que sobrevaloriza a repressão penal, retomando o sistema penal duro como arena privilegiada para enfrentamento da violência doméstica”.¹²¹

Maurício e Marcelo Saliba afirmam que o direito penal não é a solução, e que a LMP apresenta um retrocesso, pois a conciliação civil permitia que as partes buscassem, com o auxílio de mediadores, a solução, com o auxílio de mediadores, a solução adequada para os problemas vivenciados no ambiente doméstico e familiar. A conversa entre as partes é sem dúvida alguma o único eficaz caminho para se combater a violência, não se apresentando a punição mais severa como forma de resolução de conflitos.¹²²

Com efeito, o programa político criminal deve estar dirigido a propiciar o máximo de liberdade para os indivíduos. A liberdade é a regra, e as suas restrições devem constituir a exceção.

O que se verifica no processo de elaboração legislativa de normas penais cujo conteúdo diga respeito a um aumento nas respostas sancionatórias é a forte influência de uma comoção social ou alarme social. O caso Maria da Penha é ilustrativo e, embora um caso excepcional entre aqueles de violência doméstica e familiar, foi oportunamente utilizado como ferramenta emocional para coagir a opinião pública à aceitação social da lei.

Com efeito, a violência doméstica é pretexto para se politizar as relações entre sexos. O caráter político da lei é ainda mais nítido por se tratar de uma ação afirmativa. De acordo com a lei em questão, na sua interpretação serão considerados os fins sociais a que ela se destina (art. 4º). A referida lei, porém, não possui fins sociais, como já demonstrado, mas fins políticos consubstanciados na luta contra o patriarcado, contra o masculino enquanto classe e contra a cultura heterossexual, por guardar, respectivamente, nítidos contornos ideológicos do feminismo de gênero, do marxismo e da teoria de gênero.

A LMP invoca o § 8º do artigo 226 da CRFB para lastrear-se enquanto norma infraconstitucional. Observe-se que o texto constitucional não se refere apenas à violência contra a mulher, já que o § 8º remete a todos os que integram a família. Sua intenção é prestigiar a família, e não desfavorecê-la ao facilitar de todas as formas o seu rompimento,

¹²¹ Ibid. p. 251.

¹²² DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 118.

como subentendido pela ausência de audiência de conciliação e afastamento da Lei 9.099/95, reforçando seu caráter penalizador e intervencionista. Os mecanismos de que trata o § 8º, outrossim, poderiam ser variados, e não propriamente recorrentes ao Direito Penal.

A legislação chilena sobre violência doméstica não prevê a distinção de gênero, estabelecendo a Lei 20.066, em seu art. 5º:

Violência intrafamiliar. Será constitutivo de violência intrafamiliar todo maltrato que afete a vida ou integridade física ou psicológica de quem tenha ou haja tido a qualidade de cônjuge do ofensor ou uma relação de convivência com ele; ou que seja parente por consangüinidade ou por afinidade em toda linha reta ou na linha colateral até o terceiro grau inclusive, do ofensor ou de seu cônjuge ou de seu atual convivente.¹²³

Logicamente, não se deseja aqui de forma alguma que se instaure a impunidade para os crimes mais graves em âmbito doméstico e familiar, mas que se remedie tais problemas com soluções racionais, e para tanto é preciso que suas causas sejam diagnosticadas corretamente.

A banalização das cestas básicas induzia realmente a uma cultura de impunidade, e por vezes acabava por punir a própria vítima, quando dependente do marido, com a redução de seu orçamento doméstico. Entretanto, o mesmo ocorre com o excesso de punição, com o arbitramento de fianças a serem pagas para soltura do agressor, que acabarão por penalizar toda a família.

Se a mulher é mais vítima de violência dentro de casa, não é de se espantar que isso aconteça, pois é em casa que passamos a maior parte de nosso tempo e onde temos maior interação e relacionamentos mais íntimos com as pessoas. Assim, é bem natural que da intimidade ocorram atritos, até porque nossos transtornos emocionais são levados para dentro de casa, onde os nossos familiares acabam funcionando como espécies de pára-raios.

A questão de fundo do problema da violência doméstica e familiar reside em problemas como o alcoolismo, a dependência a drogas ou transtornos emocionais que poderiam ser tratados através de assistência com psicólogos ou psiquiatras.

Segundo pesquisa realizada por Mônica L. Zilbermann do Instituto de Psiquiatria da USP e Sheila B. Blume da Universidade do Estado de Nova Iorque, patrocinada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), sobre violência doméstica, abuso de álcool e substâncias psicoativas:

¹²³ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Op. cit. p. 50

Uso de substância (pelo perpetrador, a vítima ou ambos) é envolvida em até 92% dos episódios de violência doméstica. O álcool frequentemente age como desinibidor, facilitando a violência. Estimulantes tais como cocaína, crack e anfetaminas são também frequentemente envolvidos em episódios de violência doméstica por reduzirem o controle do impulso e aumentarem sentimentos paranóicos. O uso do álcool parece estar envolvido em mais de 50% dos casos de assédio sexual. Homens casados violentos têm mais altas taxas de alcoolismo quando comparados às suas contrapartes não-violentas. Estudos reportam taxas de alcoolismo de 67% e 93% entre esposas agressoras. Entre homens alcoólatras em tratamento, 20 a 33% reportaram terem assaltado suas esposas pelo menos uma vez no ano anterior à pesquisa, suas esposas reportando mesmo mais altas taxas. A Associação Médica Americana relata que o estupro representa 54% dos casos de violência marital. Estupro e outras formas de vitimização são desproporcionalmente freqüentes entre mulheres com problemas de uso de substância em comparação a outras mulheres da população geral. Uso de substância pode também estar envolvido em violência doméstica em formas mais sutis, tais como discussões sobre negócios financeiros (o usuário de substância pega dinheiro da esposa, ou desvia dinheiro que deveria ser usado para pagar contas da família para comprar drogas, por exemplo).¹²⁴

Segundo estudo do CEBRID (2003), mais da metade dos casos de violência doméstica, que ocorrem no Estado de São Paulo, está associada ao uso de álcool. Em 52% das situações, o agressor está sob o efeito de bebidas alcoólicas. Foram entrevistadas 2.372 pessoas, entre 12 e 65 anos, em 27 cidades paulistas com mais de 200 mil habitantes. Com a Lei de Fechamento de Bares e Similares no Município de Diadema (SP) em 2002, houve queda no índice de criminalidade; queda no índice de ocorrências com vítimas de acidentes de trânsito; queda no índice de mulheres atendidas na Casa Beth Lobo (atende vítimas de violência); queda no número de atendimentos na área da saúde.¹²⁵

Outro estudo realizado por profissionais do CEBRID, realizado em 2004, abrangendo 2.372 domicílios de 27 municípios do Estado de São Paulo, confirma a considerável

¹²⁴ ZILBERMAN, M. L.; BLUME, S. B. Domestic violence, alcohol and substance abuse. Revista Brasileira de Psiquiatria. São Paulo Out. 2005 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462005000600004&script=sci_arttext> Acesso em 12 nov. 2008, tradução nossa. (Substance use (by the perpetrator, the victim or both) is involved in as many as 92% of reported episodes of domestic violence. Alcohol frequently acts as a disinhibitor, facilitating violence. Stimulants such as cocaine, crack cocaine and amphetamines are also frequently involved in episodes of domestic violence by reducing impulse control and increasing paranoid feelings. Alcohol use seems to be involved in up to 50% of the cases of sexual assault. Violent married men have higher rates of alcoholism when compared to their non-violent counterparts. Studies report rates of alcoholism of 67% and 93% among wife batterers. Among male alcoholics in treatment, 20 to 33% reported having assaulted their wives at least once in the year prior to the survey, their wives reporting even higher rates. The American Medical Association reports that rape represents 54% of cases of marital violence. Rape and other forms of victimization are disproportionately frequent among women with substance use problems in comparison to other women in the general population. Substance use may also be involved in domestic violence in more subtle ways, such as arguments over financial matters (the substance user takes money from the spouse, or diverts money that should be used to pay household bills to buy drugs, for example).)

¹²⁵ CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE - CONASEMS. **Dados sobre uso do álcool e situações de violência.** Disponível em <<http://www.conasems.org.br/files/dia29/Mesa4Joinville.pdf>> Acesso em 12 nov. 2008.

associação entre o consumo de bebidas alcoólicas, bem como de outras drogas, em situações de violência interpessoal ocorridas em domicílios. Segundo o referido estudo:

Entre os 2.372 domicílios que responderam à pesquisa, situações de violência foram mencionadas em 749 (31,6%). Dentre esses, 52,7% mencionou situações de violência com autor embriagado e 9,7% com o autor intoxicado por outra droga.¹²⁶

De acordo com o referido estudo, “os relatos mais frequentes foram os de agressões verbais, envolvendo escândalos, discussões ou broncas consideradas exageradas pelo entrevistado”.¹²⁷

Com efeito, os casos de violência doméstica e familiar costumam se concentrar nos chamados delitos de bagatela, e não no ilustrativo caso que veio a dar nome à lei objeto deste estudo.

De acordo com números do documento “WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women”, da OMS, sobre violência doméstica contra a mulher, é possível observar que a violência doméstica contra a mulher é mais incidente em países subdesenvolvidos, pois entre 15 localidades pesquisadas, o índice de violência doméstica é menor no Japão.¹²⁸

O estudo da OMS descobriu, ainda, que uma educação mais alta está associada com menos violência em muitos cenários, de modo que a educação resulta em um efeito protetivo.¹²⁹

Ressalte-se que não é a cultura patriarcal a causa da violência doméstica, como acentua o feminismo radical, pois, do contrário, o Japão, com forte cultura patriarcal, não teria um índice de violência doméstica relativamente baixo.

Do mesmo modo, nos EUA, 30% dos homens se dizem vítimas de violência doméstica, muito embora a sociedade americana permaneça patriarcal.¹³⁰

Steven Goldberg, ex-presidente do Departamento de Sociologia do City College of New York, que em seu livro “Why Men Rule” demonstra a inevitabilidade da dominância

¹²⁶ NOTO, A.R et al. **Violência domiciliar associada ao consumo de bebidas alcoólicas e de outras drogas: Um levantamento no Estado de São Paulo**. Jornal Brasileiro de Dependências Químicas. 2004. p. 9.

¹²⁷ Ibid. p. 12.

¹²⁸ **WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women**. Disponível em <http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter2/en/index2.html> Acesso em 12 nov. 2008.

¹²⁹ Loc. cit.

¹³⁰ QUASE 30% dos homens americanos sofrem violência doméstica. **EFE**. Washington, 19 maio 2008. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2008/05/19/ult1766u26855.jhtm>> Acesso em 12 nov. 2008.

masculina até mesmo em sociedades de orientação socialista, tendo em vista fatores oriundos da fisiologia entre os sexos, refutando os argumentos feministas segundo os quais as diferenças são exclusivamente culturais, conclui que:

É inútil para o Marxista tentar refutar a inevitabilidade da obtenção de autoridade masculina e posições de status demonstrando que machos obtêm tais posições em uma sociedade capitalista por causa da sociedade capitalista por causa de razões capitalistas, quando o mesmo ocorre em sociedades com economias primitivas, feudais e socialistas. Porque variáveis sociais e econômicas devem conformar-se às fisiológicas, nós podemos mudar qualquer variável e o patriarcado não será diminuído. O domínio político é masculino se as instituições relevantes à propriedade privada, controle dos meios de produção, e estratificação social são tão mínimos quanto possíveis ou tão avançados quanto aqueles encontrados em qualquer parte. É masculino se uma sociedade é patrilineal, matrilineal, ou bilateral, patrilocal, matrilocal, ou neolocal; branca, negra, ou heterogênea; racista, separatista, ou igualitária; primitiva, pré-industrial, ou tecnológica; xintoísta, católica, ou zoroastra; monarquista, totalitária, ou democrática; espartana, quaker, ou bourbon; ascética, hedonista ou libertina. Não faz diferença se uma sociedade tem um sistema de valor que especificamente proíbe as mulheres de entrarem em áreas de autoridade ou, como a China Comunista, um compromisso ideológico e político para igual distribuição de posições de autoridade. Não se pode 'refutar' a inevitabilidade de fatores fisiológicos manifestando-os por demonstrar a função que eles servem em um sistema político ou econômico. Nenhum sistema podia operar que não conforme, e utilizar a realidade que a constitua. Em resumo, a falácia aqui é o argumento que conclui que os homens dominam por causa da natureza do sistema político-econômico e ignora a realidade que as possíveis sociedades de sistemas políticos-econômicos são limitados e devem se conformar à natureza dos seres humanos.¹³¹

Esther Vilar, escritora argentina, acentua que se esta dominação masculina exista, ela não se traduz em exploração:

Tanto quanto nos lembramos, nunca a mulher foi obrigada a qualquer submissão à vontade do homem. Pelo contrário: foram-lhe concedidas todas

¹³¹ GOLDBERG, Steven. **Why Men Rule**. 1993, Oppen Court Publishing Company, p. 143, tradução nossa. (It is useless for the Marxist to attempt to disprove the inevitability of male attainment of authority and status positions by demonstrating that males attain such positions in a capitalist society for capitalist reasons, when the same occurs in societies with primitive, feudal, and socialist economies. Because social and economic variables must conform to the physiological, we can change any variable and patriarchy will not be diminished. Political rule is male whether the institutions relevant to private property, control of the means of production, and class stratification are as minimal as possible or as advanced as those found anywhere. It is male whether a society is patrilineal, matrilineal, or bilateral; patrilocal, matrilocal, or neolocal; white, black, or heterogeneous; racist, separatist, or equalitarian; primitive, pre-industrial, or technological; Shintoist, Catholic, or Zoroastrian; monarchial, totalitarian, or democratic; Spartan, Quaker, or Bourbon; ascetic, hedonist, or libertine. It makes no difference whether a society has a value system that specifically forbids women from entering areas of authority or, like Communist China, an ideological and political commitment to equal distribution of authority positions. One cannot 'disprove' the inevitability of physiological factors manifesting themselves by demonstrating the function that they serve in a political or economic system. No system could operate that did not conform to, and utilize, the reality that constitutes it. In short, the fallacy here is the reasoning that concludes that men rule because of the nature of the political-economic system and ignores the reality that the possible societies of political-economic systems are limited by, and must conform to, the nature of human beings.)

as possibilidades para se tornar independente. Se a mulher, por conseguinte, durante esse longo período, não se libertou do seu “jugo”, só existe para isso uma explicação: esse jugo não existe.¹³²

Assim, à guisa de tais conclusões, infere-se que não há uma epidemia de violência detonada pelas relações de gênero marcadas pela cultura patriarcal, mas por problemas tais como alcoolismo, consumo de drogas, transtornos financeiros e emocionais e desequilíbrio educacional, os quais deveriam suscitar adequadas políticas públicas, e não uma lei de índole marcadamente anti-social, criada para trazer desarmonia social diante de discriminações contra o gênero masculino.

A LMP, enfim, veio dar um remédio errado ao paciente errado por um diagnóstico errado. No fim das contas, é um erro completo.

¹³² VILAR, ESTHER. **O Homem Domado**. Rio de Janeiro, Editora Nórdica, 1972, p. 24.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3ª Edição, São Paulo, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. NOVA EMENTA DA REDAÇÃO FINAL: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção de Belém do Pará; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera os Decretos-Lei nºs 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=256085>> Acesso em 12 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19-3**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=19&processo=19>> Acesso em 12 nov. 2008.

BUTLER, Judith. **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**. Routledge, New York and London, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 23ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE - CONASEMS. **Dados sobre uso do álcool e situações de violência**. Disponível em <<http://www.conasems.org.br/files/dia29/Mesa4Joinville.pdf>> Acesso em 12 nov. 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**. 2ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

D'URSO, Flavia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. 1ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 1ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 13ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. 2ª Edição, São Paulo, Ícone Editora, 2006.

ELROY, Wendy Mc. **Sexual Correctness**. Mc Farland & Company, Inc. Publishers, Jefferson, North Carolina, and London, 1996.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Editora Centauro, 3ª Edição, 2006.

FREITAS, André. (Coord.). **Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos (11.340/06 e 11.343/06)**. 1ª Edição, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007

GOLDBERG, Steven. **Why Men Rule**. 1993, Oppen Court Publishing Company.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. 1ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**, Vol. 1. 10ª Edição, Niterói, Editora Impetus, 2008.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: Lei com nome de mulher**. Campinas, Servanda Editora, 2008.

JESUS, Damásio E. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

LÔBO, Irene. População carcerária feminina mais do que dobrou nos últimos cinco anos. **Agência Brasil**. 27 de jan. de 2008 Disponível em

<<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/01/26/materia.2008-01-26.6125037493/view>> Acesso em 12 nov. 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Editora Martin Claret, 2007.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Segunda Turma Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-0. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Paulino José da Silva. Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgado em 26 set. 2007. Publicação: 24 out. 2007. Nº Diário: 1606. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010004CC70000&nuProcesso=2007.023422-4>> Acesso em 12 nov. 2008.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2008.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Lei Maria da Penha: Quem aplaude diferença entre sexos apóia o machismo. **Revista Consultor Jurídico**. 11 ago 2008. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/68862,1>> Acesso em 12 nov. 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Daniel Campolina Gomes. Relator. Judimar Biber, Belo Horizonte. Julgado em 06 nov. 2007. DO 21 nov. 2007. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=672&ano=7&txt_processo=249317&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=> Acesso em 12 nov. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada**. 7ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007.

MORGAN, Patricia. **The War Between the State & the Family**. New Brunswick and London, Transaction Publishers, 2008.

NOTO, A.R et al. **Violência domiciliar associada ao consumo de bebidas alcoólicas e de outras drogas: Um levantamento no Estado de São Paulo.** Jornal Brasileiro de Dependências Químicas. 2004. p. 9-17.

NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.** 1ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

QUASE 30% dos homens americanos sofrem violência doméstica. **EFE.** Washington, 19 maio 2008. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2008/05/19/ult1766u26855.jhtm>> Acesso em 12 nov. 2008.

SANTIAGO, Tatiana. Mulheres batem mais do que os homens nas brigas conjugais, mostra pesquisa. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 29 set. 2008. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u450084.shtml>> Acesso em 12 nov. 2008.

SOUZA, Luís Antônio; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar.** 2ª edição, São Paulo, Editora Método, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher.** 2ª Edição, Curitiba, Juruá Editorial, 2008.

STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise.** 6ª Edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2005.

VILAR, ESTHER. **O Homem Domado.** Rio de Janeiro, Editora Nórdica, 1972.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World report on violence and health.** Geneva, 2002. Disponível em <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/chap1.pdf> Acesso em 12 nov. 2008.

_____. **WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women.** Disponível em <http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter2/en/index2.html> Acesso em 12 nov. 2008.

ZILBERMAN, M. L; BLUME, S. B. Domestic violence, alcohol and substance abuse. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. São Paulo Out. 2005 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462005000600004&script=sci_arttext> Acesso em 12 nov. 2008.

GLOSSÁRIO

Fonte: Dicionário Michaelis Inglês-Português; Enciclopédia Jurídica Leib Soibelman

- Background (ing.) - Pano de fundo.
- Erga omnes (lat.) - Para com todos, contra todos. Expressão muito usada quando se fala de direitos reais.
- Ex tunc (lat.) - desde aquele momento, a partir de então, retroativamente, para trás.
- Fumus boni iuris (lat.) - Fumaça do bom Direito. É representada pelo entendimento que um julgador tem diante de uma alegação que lhe foi submetida. Sendo assim, o juiz decide pelo que lhe parece mais plausível.
- Periculum in mora (lat.) - Perigo da demora. É o risco de decisão tardia, perigo em razão da demora.
- Ultima ratio (lat.) - Última razão.