

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

Estudo da “Lei Maria da Penha” e o princípio constitucional da igualdade

ANTONELLA BRUNA DA SILVA MELO

RIO DE JANEIRO

2008

ANTONELLA BRUNA DA SILVA MELO

Estudo da “Lei Maria da Penha” e o princípio constitucional da igualdade

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 Cezar Augusto Rodrigues Costa.

RIO DE JANEIRO

2008

Melo, Antonella Bruna da Silva.

Estudo da “Lei Maria da Penha” e o princípio constitucional da igualdade / Antonella Bruna da Silva Melo. – 2008.

63 f.

Orientador: Professor Cezar Augusto Rodrigues Costa.

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

Bibliografia: f. 58/59.

1. Lei Maria da Penha - Monografias. 2. Direito Penal - Monografias. I. Costa, Cezar Augusto Rodrigues. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.556

ANTONELLA BRUNA DA SILVA MELO

Estudo da “Lei Maria da Penha” e o princípio constitucional da igualdade

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

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Cesar Augusto Rodrigues Costa – Presidente da Banca Examinadora
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao Senhor Deus, pela inteligência, paciência, perseverança e sustentação nos momentos de maior dificuldade.

Agradeço aos meus pais, Zélia Fernandes e Clóvis Melo, ambos Bacharéis em Direito, e advogados militantes. Sempre me incentivaram ao estudo desde a escola, até o presente momento. Em especial, na carreira jurídica, são meus impulsores, fazendo despertar meu interesse por esta maravilhosa ciência.

Ao meu orientador, Prof. Cesar Augusto Rodrigues Costa, pela nobreza de transmitir seu vasto conhecimento, pelo tempo despendido, pela atenção. Por ser o diferencial da FND.

Agradeço ao meu noivo, Carlos Eduardo, pelos momentos de apoio, compreensão e orientação, além das manhãs em que acordamos cedo para concluir os afazeres relacionados ao presente trabalho.

Por fim, agradeço a todos os meus familiares e amigos, pois sempre acreditaram no meu potencial, me fortaleceram com palavras de incentivo e de confiança, fazendo com que eu mantivesse o meu moral elevado para prosseguir neste trabalho.

RESUMO

MELO, A. B. S. Estudo da “Lei Maria da Penha” e o princípio constitucional da igualdade. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Na presente monografia, pretende-se justificar a criação da Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, como resposta aos anseios da sociedade brasileira e de serem efetivadas medidas concretas no combate à violência doméstica contra a mulher. Esta é fruto de uma desigualdade de gênero, sustentada por uma sociedade majoritariamente machista e patriarcal, na qual a submissão do sexo feminino foi cultivada por muito tempo. Atualmente, a mulher ainda sofre com as discriminações ocorridas na estruturação da sociedade, da família, do Estado, da Igreja, sendo necessárias medidas que visem a mitigar as diferenças instituídas.

Os dados estatísticos comprovam que a violência de gênero foi e, ainda é uma prática habitual, vista por muitos com naturalidade. Além disso, a falta de um forte amparo legislativo conduziu a impunidade e banalização desse crime. Antes da promulgação deste diploma legal, as ocorrências de violência nas relações conjugais estavam sendo processadas nos Juizados Especiais Criminais e resolvidas com a aplicação de brandas penas como de fornecimento de cestas básicas, pagamento isolado de multas e prestação de serviços a comunidade.

A novel legislação promoveu uma maior intervenção do sistema penal, traduzindo-se em maior rigor no tratamento dos delitos de violência doméstica praticada contra a mulher e representou a expansão do poder punitivo.

A lei estudada sofre intensas críticas quanto a sua inconstitucionalidade, sobretudo, por contrariar o princípio da isonomia constitucional ao estabelecer uma tutela específica para as mulheres. Porém estas perdem sua fundamentação ao se observar o aspecto material da igualdade jurídica, que consiste em proporcionar uma igualdade de oportunidades aos indivíduos e aos grupos vítimas de discriminações pretéritas e, por conseguinte, ocupam posição social desfavorável. Nesse sentido, atenta-se para relevância das ações afirmativas, que consistem em políticas voltadas à concretização da igualdade de oportunidades e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Princípio Constitucional da Igualdade; Ações Afirmativas.

SUMÁRIO

CAPÍTULO PRIMEIRO

1. INTRODUÇÃO	7
---------------------	---

CAPÍTULO SEGUNDO

2. HISTÓRICO DA LEI	9
---------------------------	---

CAPÍTULO TERCEIRO

3. AS DESIGUALDADES DE GÊNERO E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER	14
3.1. Origem histórica das desigualdades de gênero	14
3.1.1. <u>As lutas femininas</u>	19
3.2. A violência contra a mulher	19
3.3. Justificativa para promulgação da lei	21

CAPÍTULO QUARTO

4. INOVAÇÕES DA LEI E CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO	26
4.1. Inovações da Lei Maria da Penha	26
4.2. Constitucionalidade da lei	42

CAPÍTULO QUINTO

5. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS	46
5.1. Princípio constitucional da isonomia: igualdade formal e material	46
5.2. As ações afirmativas	51

CAPÍTULO SEXTO

6. CONCLUSÃO	56
--------------------	----

<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	58
---	----

<u>ANEXOS - JURISPRUDÊNCIA</u>	60
--------------------------------------	----

CAPÍTULO PRIMEIRO

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, vive-se sob a égide de uma Constituição humanista, que zela pelo bem-estar social. Dessa forma, a preocupação legislativa com o problema da violência doméstica, que há tanto atormenta a sociedade brasileira, é natural. Diante deste contexto, nasceu a “Lei Maria da Penha”, lei 11340/2006. Este instrumento jurídico foi publicado, não apenas em virtude de uma pressão social exercida, principalmente, pelo movimento de mulheres, mas também como resposta política à comunidade internacional após ver tornado público um caso de violência familiar em especial, o caso “Maria da Penha”.

Todavia, observa-se que, desde 22 de setembro de 2006, data de sua vigência, o dispositivo legal trazido a lume desperta grandes controvérsias aos olhos dos mais dedicados estudiosos da matéria. Parte destes, Santin¹, Campos² e Nucci.³, aponta a desconformidade do novo diploma com a sistemática constitucional, mormente no que diz respeito ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que estabelece uma desigualdade somente em função do sexo.

Por outro lado, verifica-se a recepção do novo texto legal como um instrumento efetivo no combate a violência doméstica e familiar. Conforme dados colhidos na Delegacia de Defesa da Mulher, no ano de 2006 foram registrados 800 casos de violência doméstica contra a mulher. Já até março de 2007, apenas nos três primeiros meses do ano seguinte ao início de sua vigência, constatou-se 600 casos formalizados.⁴

Dentro deste debate vale ressaltar, que, historicamente, o Brasil sempre esteve inserido num sistema patriarcal e desenvolveu uma cultura machista. Construiu-se uma desigualdade

¹ SANTIN, Valter Foletto. Igualdade Constitucional na Violência Doméstica. Disponível em: <<http://www.apmp.com.br/juridico/santin>>. Acesso em: 17/06/2008.

² CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos Constitucionais e Penais Significativos da Lei Maria da Penha. Disponível em: www.jrsp.com.br Acesso em: 16/06/08.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias, BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 16/07/08.

entre homens e mulheres, caracterizada por posições sociais impostas a ambos, na qual se vislumbrava uma dominação masculina face à fragilidade da mulher. Assim, a origem da violência de gênero está nessa discriminação histórica, transmitida de geração para geração. Tal aspecto sócio-cultural impediu que as mesmas avançassem em proporção semelhante à dos homens em diversos setores, sejam eles sociais ou profissionais. Todas essas disparidades entre os sexos incitaram a eclosão dos movimentos feministas em prol dos direitos das mulheres.

Diante desses aspectos, é de suma importância compreender a intenção do legislador constituinte ao preceituar na carta constitucional o princípio da isonomia, que é uma base sólida e importante para o Direito e para o desenvolvimento das relações humanas. Nesse sentido, destacam-se os dois aspectos da igualdade entre os seres humanos: o formal e o material.

O primeiro consiste na existência de uma igualdade formal, definida como a pura igualdade de direitos e deveres perante a lei, concedida aos indivíduos pelos textos legais. O segundo calca-se na possibilidade de tratamento igual e uniforme aos indivíduos através da concessão das mesmas oportunidades e chances na sociedade. Contudo, restou evidenciado, ao longo da história, que a concepção de igualdade puramente formal, não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados.

Nesse contexto favorável a criação da lei, ressalta-se a importância das ações afirmativas definidas como políticas voltadas à concretização da igualdade de oportunidades e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.⁵ No Brasil, em âmbito infraconstitucional, há uma grande quantidade de leis ordinárias que podem ser enquadradas no rol das ações afirmativas, dentre elas A Lei Maria da Penha que será objeto desse estudo.

⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. MARCHIORI NETO, Daniel Lena, WEND, Vanessa Kroth. Ação afirmativa e sua perspectiva de inclusão no arcabouço jurídico brasileiro. Net, 10.2004. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso em: 14/08/08.

CAPÍTULO SEGUNDO

Nesse capítulo será descrita a trajetória da Lei 11.340/2006, desde as reivindicações sociais e a ratificação de tratados internacionais pelo governo brasileiro até a sua vigência em 22 de novembro de 2006.

2. HISTÓRICO DA LEI

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços significativos no caminho para se reconhecer a igualdade de direitos entre homens e mulheres, expressamente determinada em seu artigo 5º, inciso I⁶. No âmbito das relações familiares, afirmou o compromisso do Estado de criar mecanismos para coibir a violência praticada entre seus membros, por meio do artigo 226, § 8º⁷.

Contudo, não existia no cenário brasileiro uma legislação própria para tratar das especificidades da violência doméstica praticada contra as mulheres. O que se observava, de fato, é que o Estado brasileiro mantinha uma postura negligente perante esta situação até a promulgação da tão almejada lei objeto deste estudo.

A publicação de tal lei e a adoção de medidas efetivas no combate a essa prática arraigada no cenário sócio-cultural brasileiro era um anseio social, principalmente, do movimento feminista. É bem verdade que não apenas no Brasil existe uma herança histórica de submissão e vitimização da mulher no círculo familiar, porém, em pleno século XXI, diversos outros países já haviam se posicionado firmemente em contrário a esta condição.

⁶ CF, art. 5º. Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos herdeiros e aos estrangeiros residentes no país na inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigação, nos termos desta constituição;

⁷ CF, Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: (...)

§ 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Foi percorrido um longo percurso até a criação deste instrumento legal peculiar, o qual teve início na década de 1980 quando o Estado Brasileiro ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁸ (CEDAW).⁹

Posteriormente, o país assumiu mais um compromisso internacional ao participar da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída na cidade de Belém do Pará, em 9 de junho de 1994 e ratificada pelo Governo Federal em 27 de novembro de 1995.

O sistema jurídico brasileiro tratava, antes da Lei Maria da Penha, muitas formas de violência praticada contra mulher pela Lei 9.099/1995, a qual instituiu os Juizados Especiais Criminais no Brasil. Esta lei criou um procedimento célere e simplificado para o tratamento de crimes de menor potencial ofensivo¹⁰. Destacou-se, também, por um caráter conciliador, pelo qual se verificou a banalização do crime praticado contra a mulher, considerando a brandura da resposta penal aplicada.

Os crimes mais atendidos pelos Juizados Especiais Criminais (Jecrim) eram crimes de lesões corporais leves e ameaças, os mais comuns na situação de violência doméstica e familiar contra as mulheres. Tais crimes eram, habitualmente, punidos com o pagamento de uma cesta básica pelo agressor a uma entidade beneficente, gerando uma sensação constante de impunidade.

Nesse contexto, o próprio movimento das mulheres se deparou com um dilema: deveria ser criada uma legislação específica para o tratamento dos casos de violência de gênero; ou o melhor seria adaptar a legislação já existente, o Código Penal e a Lei 9099/1995, para atender as especificidades já identificadas.

⁸ A Convenção sobre Eliminação de Todas as formas de Violência Contra a Mulher foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através de Resolução 34/180, em 18 de dezembro de 1979. É também conhecida pela sigla CEDAW. Foi assinada pelo Brasil, com reservas, em 31 de março de 1981, e ratificada pelo Congresso Nacional com a manutenção das reservas em 1º de fevereiro de 1984. Em 1994, como reflexo da Constituição de 1988 (que prega a igualdade entre homens e mulheres), o governo brasileiro retirou tais reservas, ratificando plenamente toda a Convenção. Esta Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, na íntegra pelo Decreto Legislativo 26/1994, foi promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto 4.377/2002. Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm, 20/12/2006. Acesso em 21/09/08.

⁹ LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. Lei Maria da Penha Comentada. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2007, p. 25.

¹⁰ Todos os crimes apenados com no máximo dois anos de detenção ou reclusão são considerados de menor potencial ofensivo, conforme previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006.

Grande parte do movimento, já certa de que os mecanismos propostos pelo JeCrim eram insuficientes para conter os diversos casos de violência contra a mulher, identificou a necessidade de adotar medidas mais específicas, visando atacar, diretamente, o problema. Formou-se, então, em 2002, um consórcio no qual Organizações Não-Governamentais (ONGs), juristas e especialistas no assunto se reuniram para escrever um anteprojeto de lei com esse intuito.

No final de 2003, no Seminário de “Violência Doméstica” ocorrido no Congresso Nacional, a proposta foi entregue a Bancada Feminina no Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Política para as Mulheres da Presidência da República, que instalou um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para discutir a proposta apresentada e elaborar um projeto de lei, bem como outros instrumentos do Poder Executivo, para coibir a violência contra as mulheres.

Finalmente, em 07 de Agosto de 2006, foi promulgada a lei 11.340, objeto do presente estudo, regulando questões relativas ao problema da violência doméstica, começando a vigor em 22 de novembro de 2006. Foi nomeada “Lei Maria da Penha” em razão do drama de uma mulher que, no dia 29 de maio do ano de 1983, na cidade de Fortaleza, foi atingida por um tiro de espingarda desferido pelo economista Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem, naturalizado brasileiro e marido da senhora Maria da Penha à época. O disparo atingiu a vítima em sua coluna que por tal razão suportou lesões que a deixaram paraplégica.

As agressões não se limitaram ao acima narrado. Passado pouco mais de uma semana da data de vinte e nove de maio do ano de mil novecentos e oitenta e três, a vítima sofreu novo ataque recebendo uma descarga elétrica quando se banhava e desde então pode compreender a razão pela qual já há algum tempo o marido utilizava o banheiro das filhas para banhar-se.

Foi o desfecho de uma tumultuada relação marcada por agressões perpetradas não apenas contra a mulher, mas também às filhas. O temor ao temperamento agressivo do esposo impediu a vítima de despende qualquer esforço com o fim de promover a separação do casal.

O réu foi pronunciado em 31 de outubro de 1986, sendo levado a júri em 4 de maio de 1991, quando foi condenado. Contra tal decisão apelou a defesa, suscitando nulidade

decorrente de falha na elaboração dos quesitos. Acolhido o recurso, foi o réu submetido a novo julgamento em 15 de março de 1996, quando foi condenado a pena de dez anos e seis meses de prisão. Seguiu-se novo apelo deste último julgamento, bem como recursos dirigidos aos tribunais superiores; certo que apenas em setembro de 2002, passados, portanto, mais de 19 anos da prática do crime, foi seu autor finalmente preso.

O caso Maria da Penha chegou às mãos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos sediada em Washington, nos EUA, por meio de denúncia apresentada por ela mesma, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Comitê Latino Americano e do Caribe para Defesa de Direitos da Mulher (CLADEM).

A denúncia deu ensejo à feitura do Relatório 54/2001 publicado em 16 de Abril do ano de 2001. Referido documento, além de analisar o fato denunciado, aponta as falhas do Estado brasileiro na qualidade de signatário da Convenção Americana, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro 1992, e da Convenção de Belém do Pará, que ao assumir tal posição compromete-se perante a comunidade internacional a cumprir o disposto nos aludidos diplomas. Neste mister, ressalta a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Dado que a violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e coordenar as agressões, a Comissão considera que se viola não apenas a obrigação de processar e coordenar, mas também a de prevenir práticas degradantes. Tal ineficiência judicial, geral e discriminatória cria um ambiente permissivo para violência doméstica, uma vez que não se percebem evidências da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade para punir estes casos.

A ineficácia judicial, a impunidade, e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostram a falta de cumprimento do compromisso de reagir adequadamente ante a violência doméstica. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres.¹¹

¹¹COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001 *apud* CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica- Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006). Editora Revista dos Trbunais: São Paulo, 2007, p.13-14.

Importante salientar que em razão de reiteradas omissões do Brasil em responder às indagações formuladas pela Comissão esta, com fulcro no artigo 513 do Pacto de San Jose da Costa Rica, decidiu tornar público o teor do relatório. Apenas após cinco anos da publicação do Relatório 54/2001, que teve indiscutível repercussão na órbita internacional, foi publicada a Lei Maria da Penha. O lamentável é que a senhora Fernandes demorou mais de 19 anos para ver efetivada a sentença que aplicou pena privativa de liberdade a seu ex-marido.

Insta ressaltar, portanto, que a Lei Maria da Penha foi elaborada mediante a impulsão de uma série de fatores dentre os quais se destacaram a constante pressão social exercida, mormente pelo movimento feminista, para adoção de medidas efetivas para coibir a violência contra a mulher; a cobrança externa para que o país cumprisse as determinações dos tratados por ele ratificados; e a necessidade de dar uma resposta política à comunidade internacional após ver tornado público um lamentável e brutal caso de violência familiar, o caso “Maria da Penha”.

CAPÍTULO TERCEIRO

3. AS DESIGUALDADES DE GÊNERO E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER

Neste capítulo será feita uma explanação sobre a posição social da mulher, desde as sociedades primordiais até a estruturação da família patriarcal, evidenciando a discriminação de gênero ocorrida. Serão abordados os aspectos da violência doméstica e, por fim, apresentadas justificativas para elaboração da lei.

3.1. Origem histórica das desigualdades de gênero

A mulher é vítima de uma opressão secular causada por fatores históricos, culturais e sociais que se pretende explicar. Desde os pensadores clássicos até as concepções vigentes hoje, é majoritária a idéia de que a “natureza” das mulheres, ou seja, sua emotividade, fragilidade, juntamente com a dependência biológica da maternidade, as torna inadequadas para vida pública e as circunscreve à esfera doméstica e privada.¹²

Como lamentável conseqüência desse fato, a história feminina foi sendo construída baseada na submissão da mulher ao homem, justificada por um fantasiado determinismo biológico. Por ser esta suposta inferioridade física e psíquica em relação ao homem um fator natural, a inferioridade da mulher é colocada como uma realidade difícil de ser suplantada.

Entretanto, muitos esforços foram e ainda são empregados para demolir essa concepção e demonstrar que a opressão da mulher não tem um fundamento natural, mas sim social e histórico. A situação da mulher passou por diversas alterações no decorrer da história e nos diferentes tipos de sociedades existentes.

Estudos sobre as primeiras sociedades, realizados, sobretudo, pela antropologia, comprovaram que a mulher não nasceu oprimida e inferiorizada, mas passou a ser tratada dessa maneira¹³. Nessas sociedades, a forma como os homens e mulheres eram tratados

¹² TOLEDO, Cecília. Mulheres: o Gênero nos une, a classe nos divide. 2 ed. Apresentação de Cláudia Mazzei Nogueira. São Paulo: Sundrmann, 2008, p. 24.

¹³ Ibid. p. 26.

sempre esteve relacionada com a divisão social do trabalho e o papel que cada um cumpria no modo de produção então vigente. Portanto, afirma-se que a definição desses papéis fundamenta-se em alicerces econômicos da sociedade e, não em um fator natural inerente a mulher.

Os antropólogos Lewis Morgan e Edward Taylor fizeram importantes estudos sobre as famílias primordiais contrapondo-se a concepção de que a mulher sempre exerceu papel inferior nos diferentes modos de produção. Nesse sentido, Morgan deu destaque às comunidades indígenas nos Estados Unidos e analisou seu sistema de parentesco, o qual consistia em uma forma de matrimônios por grupo. Nessa família por grupos não se pode saber, com certeza quem é o pai da criança, a descendência só podia ser demonstrada pela linha materna. Ou seja, só se reconhecia a filiação feminina, atribuindo à mulher um papel preponderante nesses grupos. Todavia, tal posição foi, posteriormente se transformando no sentido inverso, com a ascendência do direito paterno.

É importante salientar a enorme divergência entre as sociedades primordiais e as contemporâneas. Nas primeiras, os meios de produção foram propriedade coletiva, e a cada membro cabia o necessário para sua subsistência em um plano de igualdade com os demais. Não existia um aparato social coercitivo, a sociedade era essencialmente autogovernada, e verificava-se a igualdade entre homens e mulheres. Outrossim, eram sociedades essencialmente matriarcais. A supremacia masculina e o mito que as mulheres são um sexo inferior, existe apenas na sociedade patriarcal de classes. Nas palavras de Cecília Toledo, a sociedade patriarcal é aquela que se assenta na família, no seio da qual toda mulher já vem ao mundo com seu lugar subalterno definido.

As relações de produção alavancaram as mudanças ocorridas no seio da família. O desenvolvimento da propriedade particular e sua concentração nas mãos dos chefes de família transformaram radicalmente as relações sociais. Conforme a divisão do trabalho na família, a função do homem era prover a alimentação e os instrumentos de trabalho necessários para isso, e, sendo proprietário destes, o levava em caso de separação. A mulher conservava os objetos domésticos. Com isso, na medida em que aumentava a riqueza, por um lado, o homem assumia uma posição mais importante na família; e, por outro, surgia a necessidade de manter a riqueza no seio familiar.

Essa necessidade de se manter a riqueza na unidade doméstica tornou necessário um rompimento com a filiação de direito materno e o matrimônio por grupos, incentivando a ascensão do direito paterno e da monogamia. Com o surgimento da monogamia foi sendo demonstrado, aos poucos, que o controle sobre a mulher e sua sexualidade é fundamental num regime de propriedade privada. Conforme afirma Cecília Toledo: “É no lar que se reproduz essa ideologia burguesa patriarcal, onde toda criança nasce aprendendo a respeitar a ‘autoridade paterna’ e ver na mulher um ser inferior e destinado a servir os demais.”¹⁴

Sem dúvida, com o advento da propriedade privada, o homem adquire novo valor, o que dá origem a divisão da sociedade entre os que possuem propriedade e os que não possuem. Efetivou-se a divisão sexual do trabalho, na qual a atividade produtiva da mulher consistia na confecção de valores de uso, enquanto ao homem cabiam os valores de troca. Como havia a precedência dos valores de troca sobre os valores de uso, a mulher passou a trabalhar para o marido e para os filhos, e o homem trabalhava para troca e aquisição da propriedade.¹⁵

Essas mudanças com relação à propriedade dos meios de produção acabaram revolucionando não só as relações materiais da sociedade, como todos os aspectos da vida humana. Convém, então, destacar as palavras do marxista Engels: “A abolição do direito materno foi a grande derrota do sexo feminino. O homem assumiu também o timão da casa; a mulher foi submetida, domesticada, feita escrava de seu prazer e um simples instrumento de reprodução.”¹⁶.

Nesse sentido afirma, também, a pesquisadora Maria Valeria Junho Pena: “Na monogamia, no patriarcalismo, no “direito do pai” reside o fundamento da opressão feminina porque destina a mulher ao trabalho doméstico, excluindo-a da produção social.”¹⁷

Engels relacionou a opressão feminina às formas de organização familiar e à divisão sexual do trabalho, negando a idéia de que aquela tem como causa básica a constituição do

¹⁴ TOLEDO, Cecília. Op.cit., p. 16.

¹⁵ Ibid. p. 29.

¹⁶ Ibid. p. 28.

¹⁷ Mulheres e trabalhadoras: presença feminina na constituição do sistema fabril. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1981. *apud* TOLEDO, Cecília. Op.cit.. p.29.

corpo feminino, a natureza da mulher; e, sim, é fruto de determinadas relações sociais que se fundam na divisão e na exploração de uns pelos outros.

Dessa forma, ao analisar-se a história da espécie humana, verifica-se que os papéis foram se alternando até o momento em que se presenciou a formação de uma sociedade patriarcal, na qual a mulher foi tratada como uma propriedade do marido, assim como os outros bens. Pode-se inferir, por conseguinte, que a origem da opressão da mulher está relacionada às transformações ocorridas nas relações humanas desde as primeiras sociedades a que se conhece.

Percebe-se, por esses estudos antropológicos, que a mulher não nasceu oprimida, mas passou a sê-lo devido a inúmeros fatores, tais como: crenças, hábitos, costumes, valores em geral. São reflexos de um modelo de sociedade concentrada no macho protetor e provedor.

Somente com o advento da grande indústria que o caminho à produção social foi novamente aberto à mulher, porém não significou que a sua dominação, imposta pela sociedade patriarcal, fosse resolvida.

Por uma outra perspectiva, é perceptível que, ao longo dos tempos, em especial na história ocidental que a formação das estruturas estatais e jurídicas muito pouco melhorou a condição feminina. A mulher sempre foi relegada a um segundo plano, posicionada em grau submisso, discriminada e oprimida. A mulher foi muito vitimizada, não apenas pelo homem – marido, pai e irmãos – como ainda pelas igrejas.

Com o advento da Idade Média, ao se observar as sociedades que se formaram, percebe-se uma incompatibilidade da mensagem cristã, que preconizava igualdade entre todos os filhos de Deus com este plano de desigualdade entre homens e mulheres. Supunha-se que o Cristianismo deveria tê-lo combatido. Todavia, como salientou, Fábio Konder Comparato, “essa igualdade material dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, ...”¹⁸.

¹⁸ A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ª Ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

O surgimento das teorias iluministas do século XVIII representaram uma via para romper com os costumes da sociedade classista medieval, pois se opuseram aos privilégios da nobreza e suas diferenciações hierárquicas de estamentos. Os “anos das luzes” possibilitaram uma nova percepção do espaço público, garantindo a todos os indivíduos indistintamente à cidadania. Tratava-se de fundar um sistema social já não baseado nas tradições dos títulos de nobreza, brasões e supostas linhagens familiares, mas sim na reta razão.

No entanto, apesar de todo um esforço por estender a igualdade cidadã em direção à generalidade dos homens, ainda no Iluminismo, observava-se o seguinte:

a maioria dos filósofos e escritores reiterava as visões tradicionais sobre as mulheres, freqüentemente, nas mesmas obras em que condenavam os efeitos dos limites da tradição sobre os homens (...) Freqüentemente à custa de sua própria lógica, continuaram a reafirmar que as mulheres eram inferiores aos homens nas faculdades cruciais da razão e da ética e que deveriam, portanto estar subordinadas a estes. A maior parte dos filósofos iluministas ressaltou o ideal tradicional da mulher silenciosa, modesta, casta, subserviente e condenou as mulheres independentes e poderosas.¹⁹

Assim, nem mesmo com as revoluções liberais, nas quais muitas mulheres lutaram diretamente, empenhando-se em levantes e manifestações públicas, a mulher teve a oportunidade de conquistar uma melhor posição, ficando-lhe reservado o mesmo papel doméstico, sem imiscuir-se em assuntos públicos e cabendo-lhe a função de zelar pela formação moral e virtuosa dos filhos. Com isso, verifica-se que as ondas revolucionárias liberais não dividiram igualitariamente os direitos, contrariando seus próprios preceitos fundamentais de igualdade, liberdade e fraternidade, sendo o homem melhor beneficiado.

Pode-se dizer que os direitos da mulher começaram a ser efetivamente discutidos e atendidos quando do surgimento da idéia de dignidade da pessoa humana, a qual teve apenas seu gérmen lançado na época das revoluções liberais. Foi, a partir da criação de organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, notadamente no pós-guerra, que as reivindicações generalizadas, em defesa de interesses de coletividades determinadas, passaram a ser consagradas programaticamente em convenções internacionais.

¹⁹ PINSKY, Carla Bassanezi et PEDRO, Joana Maria. Mulheres, Igualdade e Especificidade. PINSKY, Jaime *et* Carla Bassanezi (org.). HISTÓRIA DA CIDADANIA. São Paulo: Contexto, 2003, 266-7.

3.1.1. As lutas feministas

Nos países ocidentais, a primeira onda de lutas feministas foi o movimento sufragista dos anos 1920. A segunda, na década de 1960, foi a luta que agitou mulheres de todos os países pela liberação sexual. Esta ocorreu num contexto, a partir da década de 1950, no qual a mulher, já havia entrado no mercado de trabalho e já se verificava grande expansão do ensino superior, possibilitando as condições para esses movimentos reivindicatórios.

O ascenso feminista nos anos 60, tomou mais fôlego na Europa e Estado Unidos, porém se estendeu por todo o mundo. Após longos anos de submissão, as mulheres começaram a se unir aos negros e aos estudantes na busca por seus direitos. Este movimento representou uma luta internacional, que questionou desde a discriminação da mulher no trabalho e preconceitos arraigados há milênios, até leis reacionárias que proibiam o aborto e os conceitos retrógrados da igreja. O ideal das mulheres era lutar para que deixassem de ser vistas como um “segundo-sexo”.

A terceira demonstração de lutas feministas ocorreu entre os anos de 1970 e 80, e envolveu principalmente a mulher trabalhadora. Foi caracterizado por uma bandeira mais ampla que as anteriores, pois a mulher trabalhadora se insurge, junto com sua classe, diretamente contra o modo de produção capitalista. Esses movimentos dos anos 60 e 70 foram fundamentais para a luta pela emancipação da mulher.

3.2. A violência contra mulher

Conforme foi discutido, adequado afirmar que a estruturação da família se dá de acordo com o momento histórico da sociedade. Podem ser tomadas como exemplo, de um lado, a família colonial, patriarcal, na qual a mulher era vista como submissa ou subalterna, em contraponto, uma família em meados do século XX, vivendo em uma cidade urbanizada, participando da emancipação feminista iniciada na década de 60.

É fato que as transformações, a democratização familiar, ocasionam evoluções e benefícios. No entanto, esses processos não ocorrem tão rápida e pacificamente. Embora os indivíduos não assumissem, ainda, no decorrer do século XX, a mulher foi mantida em

segundo plano, posicionada em grau submisso, discriminada, reflexos de uma sociedade, inserida em preceitos culturais arraigados.

Tal fato traz alguns sérios problemas: aqueles homens que não conseguiram se livrar dos resquícios machistas, continuam mantendo seus relacionamentos com base na desigualdade no exercício de poder, o que resulta em uma relação de dominante e dominado. Vale citar as palavras da desembargadora Maria Berenice Dias:

Apesar de todos os avanços, da equiparação entre o homem e a mulher levada a efeito de modo tão enfático pela Constituição, a ideologia patriarcal ainda subsiste. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina e, principalmente, de sua dominação pelos homens, que se vêem como superiores e mais fortes. O homem se tem como proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. A sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem da superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade.²⁰

É facilmente observado o quanto a virilidade e masculinidade sempre foram cobradas do homem. Desde criança o menino é encorajado a ser forte, não chorar, não expressar afetividade ou sensibilidade, pois tais comportamentos são incompatíveis com o sexo masculino. “Os homens precisam ser super-homens, não lhes permitindo ser apenas humanos.”²¹ Essa equivocada consciência de poder faz com que acreditem possuir uma forte autoridade dentro do seio familiar, demasiadamente excessiva, pela qual se acham no direito de exercer sua força física e superioridade corporal sobre os membros da família.

Retornando a afirmativa de que foram estabelecidos papéis sociais como um paradigma, no qual ao homem coube o espaço público e a mulher permanecia nos limites da família, criando-se mundos díspares, ele provendo a família, ela cuidando do lar; construindo pólos de dominação e submissão, em nada surpreende que as mulheres recebessem uma educação diferenciada e fossem limitadas e reprimidas em suas aspirações e desejos. De fato, a sociedade outorgou ao macho um papel paternalista exigindo uma postura de submissão da fêmea.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da lei 11340/06 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 16

²¹ Loc. cit.

Diante disso, o problema da violência contra a mulher pode ser causado pelo desejo masculino de exercer poder e controle, o qual por longos séculos sempre esteve concentrado em suas mãos. A conduta agressiva e violenta, na maioria das vezes, viria da incapacidade de experimentar a impotência por parte do homem, que para lidar com este sentimento, exerce sobre aqueles que atribuí como mais frágeis sua dominação.

Um interessante fato percebido sobre desavenças conjugais e o risco de homicídios, se refere à frequência nas ocorrências de homicídios praticados contra mulheres que tentam terminar seus relacionamentos. Entre as explicações apresentadas pelos assassinos e as circunstâncias nas quais estes atos violentos foram cometidos estão o ciúme sexual e a preocupação de perder a esposa. Declaram que: “se não posso ter..., ninguém pode”.

Certamente, a violência é uma realidade no Brasil e em diversas outras nações, comprovada não somente pelas estatísticas apresentadas pelas Organizações Não-Governamentais e Órgãos Públicos. A observação das atividades policiais e forenses também demonstram que a criminalidade intra-lares é bastante expressiva. Ressalta-se que nas classes mais desfavorecidas é resultado do baixo nível educacional, do desemprego, alcoolismo, do uso de drogas, e, nas classes economicamente superiores, relaciona-se a uma parte desses mesmos fatores.

3.3. Justificativa para promulgação da lei

A criação de uma lei específica concedendo maior proteção à mulher se justifica por fatos facilmente demonstrados. A favor do legislador, trabalha a estatística a revelar que algo precisava ser feito. A começar por alguns dados colhidos no site da Fundação Perseu Abrão (www.fpabramo.gov.br), que são bastante ilustrativo:

A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou

diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma a cada 15 segundos.²²

Sabe-se que essa problemática não é exclusiva de nosso país, tornando-se objeto de Convenções Internacionais, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Conforme afirma Marcelo Di Rezende Bernardes: “várias culturas ainda aprovam, toleram ou mesmo justificam diversas e diferentes atrocidades que são endereçadas contra a mulher, sendo essas atitudes fruto de normas de conduta distorcidas a respeito do papel e responsabilidades de homens e mulheres na sociedade.”²³

De acordo com números extraídos da Revista Veja, em matéria datada do mês de dezembro do ano de 1999, os indicativos de violência cuja vítima é a mulher, são também muito expressivos, conforme os exemplos retirados dessa reportagem, que assim descrevem:

Nos Estados Unidos a cada 18 minutos uma mulher é agredida; na Índia, 5 mulheres são queimadas por dia; em Marrocos, a violação à mulher é considerada apenas como sendo um crime moral, e não um atentado à integridade física. No Afeganistão a mulher é obrigada a usar a burca em todos os momentos e por toda sua vida, o que chega a ser considerado pouco perto de países como o Paquistão, onde 8 mulheres são transgredidas por dia e 70% a 95% já foram vítimas de violência doméstica. (...) Infelizmente não paramos por aí, na Birmânia e em Bangladesh, as mulheres são queimadas.²⁴

Outros dados desastrosos resultaram de uma pesquisa feita em 1990 pela Organização das Nações Unidas e, em 2002, pela Delegacia da Mulher do Distrito Federal, que merecem destaque os coletados pela Universidade Federal da Bahia, os quais revelaram o seguinte:

“A violência contra mulher é maior na América Latina, África, América do Norte, Austrália e Nova Zelândia; Nos EUA a violência doméstica atinge de 2 a 4 milhões de mulheres; (...) Mais de 114 milhões de mulheres no mundo sofreram algum tipo de mutilação sexual. São seis mil por dia, cinco por minuto; Na França, 95% das vítimas de violência são mulheres; 51% sofrem agressões dos próprios maridos; Na Bolívia, as agressões de maridos somente são punidas se a mulher ficar incapacitada por mais de 30 dias; (...)”²⁵

²² PINTO, Ronaldo Batista/CUNHA, Rogério Sanches. A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos juizados especiais criminais. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 13/08/08

²³ BERNARDES, Marcelo Di Rezende. A deplorável prática da violência doméstica contra a mulher. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal/nº 11 – Abr-Mai/2006, p. 33-36.

²⁴ Loc. Cit.

²⁵ Loc. Cit.

A gênese da Lei nº 11.340/2006 foi o incremento, em especial nas últimas décadas, de violências físicas, morais e psicológicas no âmbito familiar, tendo como principal vítima a mulher. Neste diapasão, o objetivo da Lei Maria da Penha foi estabelecer proteção especial às vítimas de violência no âmbito familiar, excepcionando, em muitos aspectos, o sistema geral protetivo e repressor, constituído pelo Código Penal e Código de Processo Penal.

Podem ser citadas diversas justificativas para que a mulher vítima de violência doméstica seja merecedora de proteção específica: a primeira é o dever do Estado de buscar uma isonomia material; a segunda consiste em atender a um grupo especial, as mulheres, que, ao longo dos séculos, foram vítimas da dominação do homem sobre as mesmas; e, por fim, responder aos compromissos assumidos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil a fim de promover uma maior proteção às mulheres, em que a violência baseada no gênero foi reconhecida como violação aos direitos humanos.²⁶

Ainda quanto às justificativas, devem-se ressaltar as elevadas taxas de violência doméstica e familiar no Brasil. Sabe-se que, por ser um tipo de violência que ocorre no âmbito das relações intrafamiliares, não existem dados absolutos sobre a temática porque muitos casos não chegam ao conhecimento da sociedade e do Estado. Isso se deve ao fato de que as mulheres suportam longos anos de agressões e humilhações na expectativa de que tudo possa melhorar, ou até mesmo por medo, vergonha ou dependência do agressor.

Segundo dados obtidos em pesquisa recente da Fundação Perseu Abrão e do Instituto Patrícia Galvão, a cada 15 segundos uma mulher é agredida por conta do uso excessivo de bebida alcoólica ou por ciúmes doentio de certos homens.

Basta contar até 15 e pronto: já passaram 15 segundos. Parece ser um lapso de tempo tão insignificante, durante o qual nada acontece, tanto que o período de 24 horas contém 5.760 vezes a fração de 15 segundos. (...) isto é, a cada dia, 5.760 mulheres são espancadas no Brasil.²⁷

²⁶CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias; BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 15/08/08.

²⁷DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre Justiça e os Crimes contra as Mulheres. 1ª Ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2004. *apud* BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão. Op. cit.

Conforme dados apresentados por Maria Berenice Dias, verifica-se também a seguinte situação: 25% das mulheres são vítimas de violência doméstica; 33% da população feminina admite já ter sofrido algum tipo de violência doméstica; em 70% das ocorrências de violência doméstica contra a mulher, o agressor é marido ou companheiro; os maridos são responsáveis por mais de 50% dos assassinatos de mulheres e, em 80% dos casos, o assassino alega defesa da honra; 1,9% do PIB brasileiro é consumido no tratamento de vítimas da violência doméstica; 80% das mulheres que residem nas capitais e 63% das que residem no interior reagem às agressões que sofrem; 11% das mulheres foram vítimas de violência durante a gravidez e 38% delas receberam socos e pontapés na barriga; são registradas por ano 300 mil denúncias de violência doméstica; são registradas por ano 300 mil denúncias de violência doméstica.²⁸

A Organização Mundial de Saúde (OMS), também apresentou dados alarmantes sobre a violência contra as mulheres. Segundo a Organização, 30% das mulheres foram forçadas nas primeiras relações sexuais; 52% são alvo de assédio sexual; 69% foram agredidas ou violadas. Com relação aos crimes lesão corporal, ameaça, estupro, maus tratos contra as mulheres foram disponibilizadas pelas Delegacias da Mulher (DEAMs) do Estado do RJ estatísticas segundo as quais se constatou que 77,6% dos casos, o agressor é o próprio cônjuge (ou ex-cônjuge) e mais de 70% dos casos revelam a ocorrência de agressões anteriores, demonstrando um padrão de violência recorrente.²⁹

Em outro recente estudo da OMS, foram entrevistadas 25.000 mulheres em 10 países, dentre os quais o Brasil, e constatou-se que entre 25% e 50% dessas mulheres foram vítimas de violência doméstica moderada ou severa no último ano. Entre 20% a 60% das mulheres, com variação de país para país, disseram nunca ter denunciado esses fatos.

Diante desses dados, verifica-se que a violência contra a mulher não tem freios nem fronteiras de classe social, raça, religião ou idade. Os índices de violência são assustadores, inclusive dentro dos lares, tendendo a aumentar se não fossem tomadas medidas efetivas no seu combate. As chances de uma mulher sofrer algum tipo de agressão pelo companheiro são muito maiores que, de forma ocasional, por um desconhecido.

²⁸ Idem. **Falando em Violência doméstica**. Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 10/06/2008.

²⁹ BERNARDES, Marcelo Di Rezende. Op. cit. p. 34.

De fato, existe grande dificuldade da doutrina de perceber que a violência de gênero é fruto da diferença de poder entre homens e mulheres e, também não a reconhece como um fenômeno sociológico e epidemiológico.

Como demonstrado, a violência é a preocupação do momento na sociedade, e a violência doméstica é um problema que aflige ainda mais, porque o agressor está dentro de casa ou possui uma relação de afeto com a vítima. Resultado disso é que a mulher tem muito receio e temor de denunciar a agressão, pois há a possibilidade de o companheiro ficar enfurecido ao tomar conhecimento da denúncia e intensificar as agressões e, até mesmo, estender aos familiares.

Daí a importância de uma lei que específica para tratar dessa situação que ocorre no interior dos lares, mas que, indubitavelmente, tem um caráter público, pois fere a dignidade da mulher como ser humano. Mostra-se imprescindível a atuação do Estado na implementação de políticas públicas, seja na criação da lei, como em sua aplicação, na busca de uma maior proteção às vítimas de violência doméstica.

Com a Lei Maria da Penha, o Estado de Direito, acertadamente interveio nessa questão, habitualmente relegada ao âmbito privado devido à idéia de que a família é uma entidade inviolável, não sujeita nem a interferência da Justiça. Hoje, com o novo Diploma, já não é mais iniciativa exclusiva da mulher a denuncia de crimes dessa espécie. Dessa forma, a mulher não está mais sozinha nessa luta, pois ela tem a seu favor uma série de artifícios legalmente inaugurados. Maria Berenice Dias sabiamente afirma que:

Chegou o momento de resgatar a cidadania feminina. È urgente a adoção de mecanismos de proteção que coloquem a mulher a salvo do agressor, para que ela tenha coragem de denunciar sem temer que sua palavra não seja levada a sério.³⁰

³⁰ DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da lei 11340/06 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 16.

CAPÍTULO QUARTO

4. INOVAÇÕES DA LEI E CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO

Este capítulo destina-se a descrever as principais modificações implementadas pela lei no ordenamento jurídico brasileiro e serão apontadas as principais críticas com relação a sua inconstitucionalidade.

4.1. Inovações da Lei Maria da Penha

A sociedade brasileira encontrava-se em uma situação limítrofe, que exigia medidas mais severas e efetivas no combate a prática incessante de delitos de violência contra a mulher, os quais se aproximavam, cada vez mais, da banalização e da impunidade devido às medidas despenalizadoras estabelecidas na Lei 9.009/95.

Nesta esteira, impossível negar que referida lei apresenta-se como desdobramento desse processo político social e dele não pode ser dissociada. Talvez por força da intensa pressão social, se tenha optado por um sistema de proteção mais enérgico às vítimas da violência doméstica.

No intuito de apontar as inovações do novo diploma, far-se-á a uma análise geral deste. Inicialmente, o legislador definiu o conceito de violência doméstica e, para tanto, é necessário interpretar conjugadamente os artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha. O artigo 5º assim dispõe: “configura violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (...)”. Dessa forma, verifica-se que o dispositivo legal inaugura um novo gênero de violência, cujo sujeito passivo é exclusivamente uma mulher.³¹

No artigo 7º, estabelece-se o campo de abrangência desse gênero, incluindo-se as violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral praticada contra a mulher em razão de vínculo familiar ou afetivo. Há três hipóteses em que a violência passa a ser tratada como

³¹ LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. Lei Maria da Penha Comentada. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2007, p. 33.

doméstica quais sejam: quando praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente da orientação sexual.

Nesse aspecto, a lei também traz uma peculiaridade. Trate-se da questão das relações homoafetivas, que pela literalidade deste diploma, foram incluídas no conceito de entidade familiar. O parágrafo único do artigo 5º afirma que independem de orientação sexual todas as situações de violência doméstica e familiar. Ou seja, se a violência doméstica é aquela que acontece no seio de uma família e, a lei discutida protege fatos que ocorrem no ambiente doméstico, dentre eles as agressões entre pessoas do mesmo sexo, conclui-se que a união homossexual é alcançada pelo conceito de família.

Esse fato gerou importantes mudanças no trato jurídico dessas relações, uma vez que a competência para julgar casos envolvendo uniões entre pessoas do mesmo sexo era do Direito das Obrigações. De forma preconceituosa, era negada a natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais, os quais eram identificados como um negócio de fins lucrativos.

Todavia, graças à novel legislação, as relações de indivíduos do mesmo sexo estão tuteladas pela lei de violência doméstica e, conseqüentemente, estas passaram a ser reconhecidas como família, encontrando-se sob a égide do Direito das Famílias.³²

Nota-se que o legislador, pela primeira vez, definiu a família em consonância com o formato atual dos vínculos afetivos e a abrangência suscitada na Constituição pátria de 1988. Pois no artigo 5º, inciso II, descreve a família como “*comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*”. Dessa forma, atendendo ao que prega a Carta Magna³³, abrange esta definição o casamento, a união estável, a família monoparental (qualquer dos pais e seus dependentes), a família anaparental (formada entre irmãos), as homoafetivas, e as famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias).

³² Atualmente, se fala em Direito das Famílias, pois há uma nova concepção da família que se define pela presença do vínculo da afetividade. A definição de família como relação de afeto corresponde ao atual conceito de família, que há muito vem sendo cunhado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM

³³ CF 1988, art. 226, § 4º.

Do exposto, reconhece-se que o conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha inclui todas as estruturas de convívio marcadas por uma relação íntima de afeto³⁴. Nesse contexto, convém citar as palavras de Eliana Ferreira:

A família modernamente concebida tem origem plural e se revela como o núcleo de afeto no qual o cidadão se realiza e vive em busca da própria felicidade. Abandonou-se o modelo da família patriarcal e hierarquizada da família romana, ao longo dos anos e firmou-se no direito das sociedades ocidentais um modelo de atuação participativa, igualitária e solidária dos membros da família.³⁵

Conforme inciso III do supra mencionado artigo, namoros e noivados, embora não se verifique a convivência sob o mesmo teto, são alcançados pela Lei Maria da Penha, estando a mulher protegida contra situações de violência praticadas pelo parceiro. Esta prescindibilidade com relação à coabitação ensejou amplas críticas³⁶ ao inciso, pois extrapola o espírito dos tratados ratificados pelo Brasil, que protegem a mulher somente no seu ambiente doméstico.

Convém também destacar a definição dada pelo artigo 5º, inciso I, à expressão “unidade doméstica” como um lugar de convívio permanente de pessoas, ligadas pelo vínculo familiar ou não, no qual se incluem as pessoas esporadicamente agregadas. Esta definição vincula a conduta agressiva à unidade da qual a vítima faz parte. Nesse aspecto, afirma-se que estão inseridas as agressões dos patrões contra as empregadas domésticas. É entendimento de Damásio de Jesus que:

(...) não se pode afirmar que essas normas foram expressas visando à proteção das empregada doméstica. De ver-se, entretanto, que não se pode dizer que a excluíram de sua incidência, até porque o mandamento constitucional proíbe a violência no âmbito das relações familiares.(...) A questão é saber se a empregada doméstica insere-se nesse contexto, uma vez que a lei ordinária delimita o campo de sua incidência como o ‘ espaço de convívio permanente entre pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas’ (...) Hoje diante das transformações da família e da vida moderna, a figura da empregada da casa passou a ser objeto de peças teatrais, algumas de muito sucesso, aparecendo como protagonista principal do enredo, tal o seu envolvimento com a vida das pessoas da

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Op.cit., p. 44.

³⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha, 11.340/2006. Curitiba: Juruá, 2007, p. 13.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 865.

residência. De se concluir, pois, que ela merece a proteção da lei 11.340/2006.³⁷

Insta também aludir às formas de violência que são especificadas na lei, trazidas no artigo 7º. O rol não é exaustivo, pois a lei utiliza a expressão “entre outras”, o que possibilita a adoção de medidas protetivas no âmbito civil, mesmo que a ação se encontre fora do elenco legal. Porém, no âmbito do Direito Penal, vigoram os princípios da taxatividade e da legalidade, não podendo ser adotadas medidas contra ações que não constem expressamente do texto legal, pela falta de tipicidade.

A lei tratada neste estudo reconhece como violência doméstica e familiar, primeiramente, no inciso I do artigo 7º, “a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”. A agressão física que não deixe marcas aparentes e o uso da força que ofenda o corpo e a saúde da mulher são abrangidas por esta definição.

A integridade física e a saúde corpórea são tuteladas juridicamente pela lei penal, em especial pelo artigo 129 do Código Penal.³⁸ A violência doméstica passou a configurar forma qualificada de lesões corporais, devido ao parágrafo 9º desse artigo, acrescido pela Lei 10.886/2004 com a seguinte redação: “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”.

A inovação realizada pela Lei Maria da Penha foi quanto à pena cominada a esse delito, pois de seis meses a um ano, passou para três meses a três anos. Fato interessante que se percebe foi não ter sido feita pela lei nenhuma distinção sobre a intenção do agressor, constituindo violência física tanto a lesão culposa como a dolosa.

Em seguida, o inciso II elenca a “violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise guardar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças, decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação,

³⁷ JESUS, Damásio; SANTOS, Hermelino de Oliveira. A empregada doméstica e a Lei “Maria da Penha”. Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo. Nov. 2006 www.damasio.com.br *apud* DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 42.

manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause qualquer prejuízo à saúde psicológica e à determinação.”

Essa previsão era inédita na legislação pátria e foi incorporada ao conceito de violência contra a mulher na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica. Sua intenção é proteger a auto-estima e a saúde psicológica que são bastante prejudicadas nas relações desiguais de poder comum entre homens e mulheres. É a violência mais frequente e parece ser a menos denunciada. Convém esclarecer que para configurar o dano psicológico não se faz necessário; laudo técnico ou perícia, basta o reconhecimento pelo juiz de sua ocorrência, tornando-se cabível a concessão de medida protetiva de urgência.

A terceira hipótese é a violência sexual que também foi reconhecida pela Convenção de Belém do Pará como violência contra a mulher. Dispõe inciso III, do artigo 7º “a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou utilizar, de qualquer modo a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer modo contraceptivo, ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto e a prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.”.

Houve certa oposição da doutrina e da jurisprudência em aceitar a possibilidade de ocorrência de violência sexual nos vínculos familiares, pois o exercício da sexualidade tendeu a ser identificado como um dos deveres do casamento. O homem, na posição de chefe da família, se via como proprietário da mulher, sentindo-se no direito de exigir desta a manutenção de relações sexuais sempre que fosse da sua vontade.

Todavia, graças à entrada em vigor da novel legislação, a mulher está protegida dessa conduta, que se pode chamar de, no mínimo, intolerável e indigna, por parte dos companheiros. Quem obriga uma mulher a manter relação sexual não desejada pratica o crime

³⁸ CP, Art. 129: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem (...)”.

de estupro, e, sem dúvidas, quando praticados no âmbito das relações domésticas, familiares ou de afeto constituem violência doméstica, submetendo-se o agente à Lei Maria da Penha.

A lei penal define e determina as penas aplicáveis aos crimes sexuais, tais como atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, assédio sexual e corrupção de menores. Com relação à prática desses crimes, o legislador criou uma majorante, no inciso II artigo 226 do Código Penal, que determina o aumento da metade da pena quando o agente é ascendente, padastro ou madastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou curador da vítima, ou por qualquer outro título exerça autoridade sobre ela.

Neste aspecto, pode-se dizer que houve falha do legislador que deixou de acrescentar a esse inciso a prática de violência doméstica também como majorante. Certamente, as hipóteses que configuram violência sexual previstas na lei em comento têm um espectro bem maior do o elenco das majorantes dos delitos sexuais (CP., art. 226, II) da lei penal, o que tornaria indispensável essa ampliação. Contudo, face ao esquecimento da lei, a violência sexual cometida no âmbito doméstico, sofre aumento pela incidência da agravante genérica, mas não por uma majorante dos crimes sexuais.

Convém ressaltar que os delitos sexuais são identificados pela lei penal como de ação privada, a depender de representação da vítima. Porém, quando o crime é praticado com abuso de poder familiar, por padastro, tutor, curador, a ação é pública incondicionada.³⁹

A lei incumbiu-se também de delinear o que vem a ser violência patrimonial, definindo-a como toda retenção, subtração, destruição parcial ou total dos objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos econômicos da mulher. Nesse aspecto, pode ser feita uma correspondência com os delitos contra o patrimônio tipificados no Código Penal como furto, dano, apropriação indébita.

Por fim, a lei estabelece que os delitos contra a honra, calúnia, difamação ou injúria configuram violência moral.

³⁹ CP, art. 225: Nos crimes definidos nos artigos anteriores, somente se procede mediante queixa, § 1. Procede-se, entretanto, mediante ação pública:(...) II- se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padastro, tutor ou curador.

A lei em comento também estabelece medidas integradas de prevenção a esses crimes, elencadas em seu artigo 8º. Este estabelece diretrizes para o combate dessa forma de violência, mostrando atitude legislativa no sentido de criar medidas para efetivar as obrigações assumidas pelo Brasil por meio da ratificação da Convenção de Belém do Pará. Para tanto, o artigo anuncia, ao longo dos seus nove incisos, políticas públicas que serão de responsabilidade compartilhada da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de órgãos não - governamentais.

Essas medidas consistem especialmente em incentivar a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o respeito e proteção de seus direitos humanos. Além disso, reverter padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, a fim de contrabalançar preconceitos e quaisquer outras práticas que se baseiem na premissa de superioridade ou inferioridade de ambos os gêneros.

Outra preocupação do legislador foi fomentar a capacitação e a educação do pessoal na administração da justiça, policiais e funcionários incumbidos da aplicação da lei. Outrossim, visa à aplicação dos serviços especializados, próprios para atender a mulher vítima de violência, e oferecer a essa vítima acesso a programas de reabilitação.

Importa também salientar a assistência assegurada a mulher em situação de violência doméstica no artigo 9º. Essa assistência se subdivide em três elementos centrais, que são: a assistência oferecida por meio de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal; o acesso à saúde incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia de Doenças Sexualmente Transmissíveis e outros procedimentos cabíveis nos casos de violência sexual; e, a garantia de proteção policial, abrigo ou local seguro quando há o risco de vida.

No § 2º do supracitado artigo, o legislador agiu imbuído de muito boas intenções, porém sem ponderar a viabilidade ou não de uma medida que incide na relação trabalhista da mulher ofendida. Ele procurou assegurar a manutenção do vínculo empregatício através do acesso prioritário à remoção, em se tratando de servidora pública (inciso I); e o a manutenção do vínculo trabalhista quando houver necessidade de afastamento do local de trabalho por até seis meses. Nesses casos de contrato de trabalho privado, caberá a hipótese de suspensão

desse, em que a mulher teria mantido seu vínculo, não recebendo salário do empregador, mas sim do órgão previdenciário.

Cabe ressaltar também como expressivo êxito dessa novel legislação as medidas protetivas que a lei inaugura no seu artigo 11, oferecendo maior segurança à mulher que se dirige à delegacia. Consoante tal preceito legal a autoridade policial, quando atender a vítima, poderá conceder-lhe proteção policial, transportá-la para lugar seguro ou abrigo quando houver risco de vida. Poderá ainda acompanhar a ofendida até o local da ocorrência ou o seu domicílio, bem como conduzi-la a um posto de saúde, hospital ou instituto médico legal.

Além disso, foi devolvido a esta autoridade policial a prerrogativa investigatória cabendo-lhe instaurar o inquérito, o que havia sido afastado da competência dos delegados por conta da lei 9.099/95. Conforme a lei, a autoridade toma por termo a representação ou a queixa nos crimes de ação penal pública condicionada ou de ação privada, e em 48 horas encaminha ao juízo o pedido de medidas de urgência. A possibilidade de pleitear tais medidas já na delegacia deverá ser informada a vítima pela autoridade policial que a atender, a qual lhe informará de seus direitos e dos serviços disponíveis existentes.

Na hipótese de a autoridade policial comparecer ao lugar dos fatos e deparar-se com situação ensejadora de prisão em flagrante nada obsta a sua ação, pois o artigo 20 da lei em estudo prevê essa possibilidade. Devido à exclusão da aplicação da Lei dos Juizados especiais aos delitos domésticos, o agressor não poderá mais se livrar da ordem de prisão mediante o compromisso de comparecer em juízo, conforme disposição da lei aplicada anteriormente.⁴⁰

Embora seja indiscutível o maior rigor com que a lei trata as infrações penais de violência contra a mulher, está em nada obsta a concessão da liberdade provisória, que poderá ser concedida com ou sem fiança. Sendo o delito cometido punido com crime de detenção ou prisão simples a fiança será deferida pela autoridade policial, conforme o artigo 322 do

⁴⁰ Lei 9099/95, art.69, parágrafo único: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer , não se imporá prisão em flagrante e nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.”

Código de Processo Penal⁴¹. Nos outros casos, pelo juiz, de acordo com parágrafo único desse mesmo artigo.

Uma das grandes inovações da lei foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfMs, aos quais foi atribuída competência cível e criminal para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei assim estabelece:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento, e a execução das causas decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.⁴²

Contudo a lei não determina prazo para sua instalação. Enquanto não instalados esses juizados, foi deslocada a competência para as Varas Criminais, afastando por completo a atuação dos Juizados Especiais. O legislador deixou explícita sua pretensão de evitar que a violência contra a mulher seja considerada um crime de menor potencial ofensivo.

Afastado o processamento desses crimes do âmbito dos juizados especiais, tornaram-se inaplicáveis algumas medidas benéficas ao réu (despenalizadoras) tais como a composição de danos e a pena não privativa de liberdade⁴³, bem como não há mais possibilidade de o Ministério Público propor a transação penal ou aplicação imediata de pena restritiva de direito ou de multa.

Essas alterações, sem dúvida não trouxeram resultados muito positivos, pois só serão efetivamente benéficas quando os Estados priorizarem a inauguração desses Juizados, porque, na falta desses, ocorre a sobrecarga das Varas Criminais que, além de acumularem as competências civis e criminais, recebem um número mais elevado de processos. Como nas varas criminais tramitam muitos processos em que o réu está preso, dois prejuízos podem ocorrer: o excesso de prazo ensejando a soltura do réu, ou o não atendimento ao direito de preferência dos delitos domésticos.⁴⁴

⁴¹ CPP, Art. 322: “A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. (...)”

⁴² Lei 11.340/2006, art. 14.

⁴³ Lei 9099/95, art. 72.

Foi também modificado pela lei o procedimento para a vítima desistir da representação feita na delegacia, a qual a partir de agora só poderá ser feita em audiência. Portanto, deverá a vítima formalizar ao juiz seu desejo de se retratar através de petição, ou se dirigir ao cartório e comunicar pessoal e oralmente a sua intenção. Após, caberá ao juiz designar audiência para sua oitiva.

O artigo 16 da lei preceitua:

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.⁴⁵

Salienta-se a impropriedade terminológica deste artigo, ao utilizar o termo renúncia referindo-se a um direito que já foi exercido. O que se vislumbra nesse caso é que o uso do termo “retratação da representação” é mais adequado ao caso, pois para o Direito Penal “renúncia” denota o não exercício do direito, que no caso do artigo 16, significa abdicar do direito de representar, no entanto a vítima já manifestou sua representação perante a autoridade policial. Nos crimes de ação penal condicionada identificados no Código Penal, sabe-se que a representação é condição para instauração da ação penal e para o inquérito.⁴⁶

A renúncia, então, significaria que a mulher quedou-se inerte, silente, abrindo mão do direito de ver seu ofensor respondendo pelo ato que praticou. Porém, não foi essa a situação a que a norma aduz, pois no caso já houve a manifestação da representação em momento anterior. Não sendo, portanto, possível a renúncia da representação e, sim, a retratação desta, ou até mesmo, denominar-se desistência. Convém ressaltar que a representação implica em decadência do direito e é causa extintiva de punibilidade.⁴⁷

Nesse contexto, a eminente desembargadora Maria Berenice Dias faz um paralelo entre o momento definido como limítrofe para retratação no Código Penal⁴⁸ e no Código de Processo Penal⁴⁹ e o estabelecido na Lei Maria da Penha. Ambos os Códigos afirmam que o

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 63.

⁴⁵ Lei 11.340/2006, art. 16.

⁴⁶ Art. 5º, CPP. § 4º - O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá ser sem ela ser iniciado.

⁴⁷ Art. 107, VI, CP.

⁴⁸ Art 102 CP

⁴⁹ CP, Art 25.

limite é o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Já na novel lei há a possibilidade de ocorrer a “retratação”, na lei denominada renúncia⁵⁰, até o recebimento da denúncia pelo juiz.

Conforme afirma Amini Haddad Campos⁵¹, os artigos 18 a 24 buscam garantir às mulheres o acesso direto ao juiz, quando em situação de violência, possibilitando uma celeridade de resposta a necessidade de proteção. Pode-se apontar como uma das mais relevantes novidades da lei a possibilidade de a vítima requerer as medidas protetivas urgentes perante a autoridade policial, conforme expressa o artigo 12, inciso III. Porém, cabe esclarecer que é condição para a adoção dessas providências pelo juiz a iniciativa da mulher, ou seja, para o juiz agir necessita ser provocado. Por isso, apenas na hipótese de a vítima requisitar providências é que caberá ao juiz agir.

A tutela de urgência será adotada não apenas quando requerida no expediente recebido na delegacia, podendo ser concedida no recebimento do inquérito ou durante a tramitação da ação penal.⁵² A fim de assegurar a efetividade de tais medidas, o magistrado pode, a qualquer tempo substituí-las ou conceder outras, bem como requisitar auxílio da força policial ou decretar a prisão preventiva do agressor. Essas medidas protetivas de urgência são organizadas pela lei da seguinte forma: medidas protetivas de urgência que obrigam ao agressor e medidas protetivas de urgência à ofendida.

São as medidas protetivas urgentes que obrigam o autor do fato, após a constatação da violência doméstica: o afastamento do lar, a suspensão de visitas ao dependente menor, a prestação de pensão alimentícia, a proibição de aproximação da ofendida, a vedação de frequentar determinados lugares, dentre outras previstas no artigo 22. Foi disciplinada até mesmo a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos decorrentes de violência doméstica no artigo 24, inciso IV.

Além das providências já apontadas, dentre as rígidas inovações que a lei 11.340/2006 inaugura está a ampliação do rol de hipóteses de prisão preventiva para incluir o inciso IV no art. 313 CPP com a seguinte redação:

⁵⁰ Lei 11.340/2006, art. 16.

⁵¹ Lei Maria da Penha: um novo modelo de processo. Juízes para Democracia - Publicação Oficial da Associação Juízes para Democracia. Ano 12 - nº 45 - Março/Maio – 2008, p. 4 – 5.

Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I_ punidos com reclusão;

II_ punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III_ se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

IV_ se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ainda neste contexto, restringiu-se a substituição da pena privativa de liberdade vedando a prestação de penas de cestas básicas ou outra prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. Tudo isso conforme o artigo 17, que ataca a popular afirmativa segundo a qual “a violência contra a mulher é solucionada a buquê de flores e cestas básicas”, afirmativa esta que claramente banaliza o trato da matéria por parte do Judiciário.

Digno também de registro especial é o artigo 41, o qual veda a aplicação da lei 9.099/95 aos crimes provenientes de violência doméstica, e, por conseqüência, notadamente, afasta os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo. Neste mister, merece especial atenção a tese doutrinária segundo a qual tal proibição alcançaria os crimes mas não as contravenções penais praticadas com violência doméstica ou familiar contra a mulher.

A nova lei, no artigo 44, promoveu a majoração da pena cominada ao delito de lesões corporais decorrentes de violência doméstica, o qual passou a ter pena mínima modificada para três meses e máxima para três anos, alterando o § 9º do artigo 129 do Código Penal⁵³.

Quanto a esses delitos surge uma dúvida: se eles voltam a ser de ação penal pública, ou persiste a exigência de representação, instituída pela lei de Juizados Especiais. Dentro do Direito Penal pátrio, até a vigência da Lei 9099/1995, os delitos de lesões corporais leves e culposas eram tratados como crimes de ação pública incondicionada. Contudo foram

⁵² DIAS, Maria Berenice. Op. cit, p.79.

⁵³ Esse parágrafo foi introduzido ao ordenamento penal pela lei 10.886/2004, estabelecendo um tipo qualificado de lesões corporais praticado contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge, companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

transformados, por força do artigo 88 do referido diploma, em delitos de ação pública condicionada. Essas inovações da lei em relação à ação penal nos casos de lesões corporais leves somadas à redação do artigo 41, afastando a incidência da Lei dos Juizados, independentemente da pena cominada, fez as posições dos doutrinadores e do Poder Judiciário se dividir.

Para Ana Paula Schwelm Gonçalves, Marcelo Lessa Bastos, Fausto Rodrigues de Lima, Eduardo Luiz Santos Cabette, a ação voltou a ser pública incondicionada.

Nesse sentido afirmam:

A lei não fez expressamente qualquer menção à natureza da ação penal das infrações de que trata, no entanto, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se os princípios que regem a matéria e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, induz à conclusão que tais crimes não mais dependem da vontade das vítimas para seu processamento. A nova Lei 11.340/2006 ao determinar expressamente que não se aplica a Lei 9099/1995 para a violência doméstica contra a mulher (art. 41), efetivamente afasta toda lei anterior.⁵⁴

Parece irretorquível que a partir da vigência da Lei 11.340/2006 retornou a ação penal a ser pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leves, desde que perpetradas no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque não é no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para as lesões leves em geral, sim no artigo 88 da Lei 9099/1995. O raciocínio é simples, se a lei não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inexistindo qualquer ressalva, conclui-se que não se aplica por inteiro, inclusive o seu artigo 88, de forma que no silêncio do Código Penal, reintegra-se a regência do artigo 100 do CP, que impõe a ação penal pública incondicionada.”⁵⁵

Por um outro lado, há aqueles que defendem que a exigência de representação nos casos do artigo 129, § 9º do CP praticados contra a mulher deve ser mantida. Assim se colocam por atentar ao objetivo da nova Lei e considerar seu caráter preponderantemente protetivo à vítima, muito mais que punitivo ao agressor. Importa esclarecer que tal exigência, embora seja uma medida despenalizadora, fornece a vítima, um importante instrumento de persuasão e reforça o protagonismo da vítima mulher na punição do seu agressor.

⁵⁴ LIMA, Fausto Rodrigues de; GONÇALVES Ana Paula Schwelm e Lima. A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. Jus Navigandi, ano 10, n. 1.169 *apud* DIAS, Maria Berenice. Op. cit, p.117.

⁵⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1146. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=8822>> Acesso em: 23/10/08.

Certamente, facultar a mulher o direito de livrar seu agressor do processo criminal, aumentam as chances de solucionamento do conflito e realização de acordos com relação a separação, alimentos, visita e partilha de bens, dispensando a necessidade de instauração da ação penal. Pesa também o fato de que se não exigir representação, também não poderá haver a “renúncia a representação” prevista no artigo 16. Sendo assim, distanciar-se-ia da finalidade da Lei, em casos específicos, ao se manter uma ação penal quando já foram acertadas as questões envolvendo agressor e vítima. Nesse sentido pensam Damásio de Jesus, Pedro Rui da Fontoura Porte e Emanuel Lutz Pinto:

Não pretendeu a lei transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contraria a tendência brasileira de admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar.”⁵⁶

(...)é contraditório afirmar, em face do artigo 41 da Lei Maria da Penha que a ação penal é incondicionada, e, ao mesmo tempo, defender perante o artigo 16, que não se pode interpretar a expressão renúncia no sentido de desistência da representação. Adotada a tese da ação penal pública incondicionada, como falar em renúncia ou retratação da representação?”⁵⁷

Parece mais lógico reconhecer que o legislador não quis, com a redação do artigo 41, tornar o delito de lesão corporal leves novamente de ação penal pública incondicionada. Essa conclusão melhor se harmoniza com a nova lei, tanto conciliando seus próprios dispositivos que parecem privilegiar a representação da vítima, como conectando as novas regras com todo o sistema jurídico penal existente.”⁵⁸

A ação penal continua sendo pública condicionada à representação. Isso porque, apesar do que prevê a Lei Maria da Penha (art. 41) o objetivo da norma foi o de, em verdade, impedir que se concedessem benefícios tão superficiais que não atendessem às finalidades repressiva e reflexiva da pena. Tratar a ação como pública incondicionada nessas hipóteses geraria uma incompatibilidade teleológica com o sistema do direito penal, a ponto de criar um absurdo jurídico.⁵⁹

Um outro ponto a ser observado concernente ao crime de lesão corporal leve, é que o artigo 129 §9º do CP não estabelece qualquer restrição de gênero ao destinatário da norma. Por tal razão, é possível que se cogite de crime de lesão corporal qualificado pela violência doméstica sem que incidam os rigores da lei 11340/06, bastando para tanto, que o sujeito passivo da infração penal seja homem.

⁵⁶ JESUS, Damásio de. Da exigência da representação da ação penal pública, p.88. *apud* DIAS, Maria Berenice. Op. cit, p.121.

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei 11.340/2006 e suas repercussões. *apud* DIAS, Maria Berenice. Op. cit, p.121.

Do exposto, para aqueles que advogam a tese segundo a qual, no caso de crime de lesão corporal, mesmo leve, praticado contra mulher, a ação seria pública incondicionada, assim ficaria regida a natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal em geral:

- a) Em casos de lesões corporais dolosas graves, gravíssimas e seguidas de morte, a ação penal será sempre pública incondicionada, independentemente da condição da vítima.
- b) Verificando-se a ocorrência de lesões corporais culposas (de qualquer natureza), a ação penal continua sendo pública condicionada a representação, nos moldes do art. 88 da Lei 9099/95, independentemente da condição da vítima.
- c) Ocorrendo lesões corporais dolosas leves, não importando a condição da vítima (homem ou mulher), desde que não classificáveis como "violência doméstica ou familiar" de acordo com os ditames da Lei 11.340/06, a ação penal continua sendo pública condicionada à representação por força do artigo 88 da Lei 9099/95.
- d) Tratando-se de lesões corporais dolosas leves classificáveis como "violência doméstica e familiar", mas perpetradas contra homens, permanece a ação penal pública condicionada (art. 88 da Lei 9099/95).
- e) Finalmente, acontecendo lesões dolosas leves contra "mulher" no contexto de "violência doméstica ou familiar", passou a ação penal a ser pública incondicionada, vez que o art. 88 da Lei 9099/95 teve vedada sua aplicação a esses casos na forma do art. 41 da Lei 11.340/06.

O raciocínio é simples: se a Lei 9099/95 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inexistindo qualquer determinação em contrário, conclui-se que não se aplica integralmente, inclusive o seu artigo 88, de forma que no silêncio do Código Penal, resgata-se do artigo 100, CP, que impõe a ação penal pública incondicionada.⁶⁰

⁵⁹ PINTO, Emanuel Lutz. Brevíssimas considerações sobre a exigência da representação. *apud* DIAS, Maria Berenice. Op. cit, p.121.

⁶⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Op. cit.

Imagine-se, então, a hipótese em que uma filha agrida os pais causando-lhes lesões corporais leves: o crime perpetrado contra a mãe seria de ação penal pública incondicionada por força do artigo 41 da lei 11340/06, enquanto que o crime cometido contra o pai seria de ação penal pública condicionada à representação, a teor do artigo 88 da lei 9009/95, quadro este que gera inegável violação ao princípio constitucional da isonomia. Também por outra via afronta-se aludido princípio. Comenta Fuller:

“Ao impor a ação penal pública incondicionada em casos de lesões leves somente quando versarem sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, ignora Princípio da Igualdade em relação ao tratamento dado nos mesmos casos a outros seguimentos da sociedade beneficiados com a determinação constitucional e de tratados internacionais de uma idêntica "discriminação positiva". São exemplos os idosos (art. 230, CF) e as crianças e adolescentes (art. 227, CF) para os quais, ainda que vitimizados em contexto doméstico ou familiar, não se prevê qualquer alteração da natureza da ação penal em se tratando de ofendido do sexo masculino (FULLER 2007).”⁶¹

Nesse trabalho, para afastar qualquer contradição entre a lei e seus objetivos, se reconhece a permanência da natureza pública condicionada à representação da ação penal nos crimes de lesão corporal leve perpetrados contra mulher a despeito do artigo 41 da lei 11340/06. Interpretação diversa fatalmente conduziria a inconstitucionalidade por violação ao princípio da isonomia e ainda, afrontaria o dever de respeito à liberdade de decisão da mulher considerada de acordo com suas condições peculiares nos termos do artigo 4º da Lei Maria da Penha.

Diante de todo o exposto sobre as mudanças trazidas pela Lei 11.340/2006, fato incontestado é que esta representa um retrocesso no objetivo de minimizar a atuação do sistema penal. Ela reprime com mais vigor as questões que, por conta da lei dos Juizados Especiais, estavam sendo resolvidas por meio de medidas alternativas, tais como a pena de multa e cestas básicas. Por esta razão afirma-se que “o legislador tenha se esquecido das lições segundo as quais “as medidas de prevenção e mediação de conflitos tendem a ser muito mais efetivas do que o tratamento de um fato criminal após o seu cometimento”.⁶²

⁶¹ FULLER, Paulo Henrique Aranda. Aspectos polêmicos da lei de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Boletim IBCCRIM. São Paulo. Ano 14 n.171, fevereiro, 2007.

⁶² EDITORIAL JANEIRO/2006, IBCCRIM, p. 1.

4.2. Constitucionalidade da lei

Um dos primeiros ataques feito à lei quanto a sua inconstitucionalidade é que o novo diploma legal fere o princípio constitucional da igualdade consagrado na Constituição da República de 1988, uma vez que dá um tratamento específico às mulheres. Essa questão gira em torno do fato de a mulher ser o único sujeito passivo tutelado pela lei e se verificar, ainda, um tratamento mais rigoroso dispensado ao sujeito ativo dos crimes identificados como prática de violência doméstica e familiar.

Muitos autores criticam o novo diploma alegando a sua desconformidade com a Carta Magna e o acusam de gerar um desequilíbrio dentro da entidade familiar, dentre eles João Paulo de Aguiar Sampaio Souza e Thiago Abud da Fonseca, que nesse sentido afirmam “*não é preciso muito esforço para perceber que a legislação infraconstitucional acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher e o status entre filhos que o poder constitucional tratou de maneira igual, criando assim a desigualdade na entidade familiar*”.⁶³

Nesse sentido também se pronuncia Valter Foletto Santin, ao afirmar que “*a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura ‘politicamente correta’, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento do homem e mulher ao prever sanções a uma das partes do gênero humano.*”⁶⁴

Cumprido ressaltar que, ao invés de promover o acirramento das desigualdades de gênero, a novel legislação busca a almejada igualdade material, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. A lei estabelece uma diferenciação normativa em prol de uma igualdade substancial que se mostrava extremamente necessária face a uma cultura, predominantemente, machista em que a mulher sempre foi negligenciada e submetida as vontades do homem. Portanto, a lei está longe de ferir o princípio isonômico.

Outro ferrenho crítico da nova lei, levantando sua inconstitucionalidade em diversos aspectos é Guilherme de Souza Nucci. A começar pela abrangência da definição contida no inciso III do artigo 5º “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor viva ou tenha

⁶³ SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA; Thiago Abud da. A aplicação da Lei 9.099/1995 nos casos de violência doméstica contra a mulher. Boletim do IBCCrim, n. 168, nov. 2006, p.4.

⁶⁴ SANTIN, Valter Foletto. Op. cit.

convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”. Este autor sustenta a inaplicabilidade deste dispositivo, devido a este ter extrapolado o conceito de violência doméstica plasmado na Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher⁶⁵, em cujo artigo 2º, § 1º, não dispensa o requisito da coabitação presente ou passado, dispensado pela nova lei.

Cabe, contudo, ressaltar que tal abrangência não é justificativa para, internamente, tornar inaplicável a lei visto que não há vinculação do legislador a normativa internacional. A aplicação da lei seria realmente questionável, se oferecesse um menor nível de proteção jurídica do que aquele determinado no plano do Direito Internacional.

Outro ponto da lei que sofre muitos ataques é o artigo 41 ao afastar a aplicação da Lei 9.099/1995, por afrontar o preceito constitucional do artigo 98, inciso I. Sustenta-se que houve uma suposta usurpação da competência dos Juizados Especiais para julgar crimes de menor potencial ofensivo. Nesse sentido se coloca Rômulo de Andrade Moreira “*subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional.*”⁶⁶

Entretanto, conforme Cunha e Pinto, não se verifica inconstitucionalidade no referido artigo, visto que, embora o constituinte tenha vislumbrado a criação dos juizados especiais civis e criminais para julgamento de causas de menor complexidade e potencial ofensivo, ficou a cargo do legislador infraconstitucional definir o que vem a ser uma infração penal de menor potencial ofensivo. Vale destacar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

Os critérios de identificação das causas de menor complexidade e dos crimes de menor potencial ofensivo, a serem confiados aos Juizados Especiais, constitui matéria de Direito Processual, da competência legislativa privativa da União.”(Pleno, Adin 1.807-5/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05.06.1998, p.2)

Não há determinação constitucional sobre a exclusividade da Lei 9.099/1995 para julgamento de tais causas, tanto é que esta própria lei prevê exceções à sua incidência nos

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 865.

⁶⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. Revista Magister, n.19, ago-set.2007, p.82.

artigos 77, § 2º e 66, § único. Além disso, a lei 11.313/2006 afasta também sua aplicação em casos de conexão e continência, não sendo considerados de menor potencial ofensivo os crimes conexo. Da mesma forma ocorre com os crimes militares excluídos do âmbito de incidência da Lei dos Juizados, independentemente da pena. Portanto, não se visualiza a inconstitucionalidade no fato da lei federal definir competências.

Em consonância com esse entendimento, interessantes as observações de Marcelo Lessa Bastos:

Só para recordar, na primeira versão do artigo 61 da Lei 9.099/1995, estavam fora do conceito de ação penal de menor potencial ofensivo e, portanto fora dos institutos despenalizadores da lei 9099/95, os crimes em que havia simplesmente previsão de procedimentos especial, ainda que a pena máxima cominada fosse superior a 1 (um) ano. E, nos , nos termos do artigo 90-A, acrescentado pela Lei 9.839/99, estão fora do âmbito da incidência da primeira os crimes militares, independente da pena. Nunca se reclamou disto, na perspectiva da constitucionalidade, não fazendo sentido pretender deslegitimar a exclusão imposta pela Lei Maria da Penha”.

(...) nem se diga que a competência dos Juizados Especiais Criminais é de natureza constitucional. Tal afirmação nunca empolgou. Se assim fosse, seriam inconstitucionais os arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, da própria Lei nº 9.099/95, que prevêm a remessa do feito ao Juízo comum, nas hipóteses, respectivamente, de réu não encontrado para ser citado, já que inexistente citação por edital nos Juizados, e de necessidade de diligências complexas que contrariem o princípio da celeridade imanente ao rito do Juizado. Também seria inconstitucional a remessa ao Juízo comum do feito em casos de conexão e continência, na hipótese do crime conexo não ser de menor potencial ofensivo, remessa a que sempre foi favorável a maioria da doutrina e jurisprudência, o que foi recentemente contemplado de forma expressa pela Lei nº 11.313/06, que deu nova redação aos arts. 60 da Lei nº 9.099/95 e 2º da Lei nº 10.259/01.

Além da questão da competência, outro argumento defendido por autores como Souza e Fonseca são fundados nos efeitos práticos desta proibição. Ressaltam-se as seguintes observações:

Exemplificativamente, imagine a que a filha é agredida pelo pai causando lesão corporal. Responderia o pai pelo crime do artigo 129 do Código Penal, com nova pena prevista pelo artigo 44 da nova Lei, sem direito a aplicação de qualquer instituto despenalizador, da Lei 9.099/1995, sendo a ação pública incondicionada.

Trocando de figuras, irmão da mulher que havia apanhado no parágrafo acima. Responderá também o pai pela infração do artigo 129 do Código Penal, com a nova sanção imposta pela Lei 11.340/2006. Todavia, como o artigo 41 da Lei 11340/2006 estabelece que não se aplica a Lei 9099/1995 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, neste

segundo caso a ação seria publica condicionada a representação e seria possível, em tese, a suspensão condicional do processo.”⁶⁷

Como se pode observar, não faltam esforços de alguns autores, críticos da lei, em fazer imperar sua inconstitucionalidade e travancar as benesses trazidas pelo novo texto legal. Contudo, o país e, principalmente, as mulheres muito lutaram para conseguir que a lei chegasse ao Congresso Nacional, fosse aprovada e esteja vigendo hoje. Por tudo isso, inadmissível que a Lei Maria da Penha, que é uma ação afirmativa, seja considerada uma lei inválida e inconstitucional o que representará um verdadeiro retrocesso na defesa da dignidade feminina.

⁶⁷ SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA; Thiago Abud da. Op. cit. p. 4.

CAPÍTULO QUINTO

5. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Esse capítulo aborda o princípio constitucional da isonomia e seu aspecto formal e material, bem como sua correlação com as ações afirmativas.

5.1. Princípio constitucional da isonomia: igualdade formal e material

A igualdade, no âmbito do Direito, surgiu no século XVIII, após as Revoluções Americana e Francesa. Os pilares desta eram a igualdade, a liberdade e a fraternidade, valores que se tornaram referência para diversos textos constitucionais. Com isso, os Estados Unidos e a França foram pioneiros e influenciaram, fortemente, a consolidação e positivação do princípio da igualdade nas constituições pós século XVIII. Ao observar esses aspectos históricos, fica claro que a igualdade é uma base sólida e importante para o Direito.

A esse respeito o professor Paulo Bezerra acrescenta que:

O reconhecimento dos direitos do homem nas Declarações Universais fixam dois momentos cruciais na história desses direitos: primeiro a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1779, no bojo da Revolução Francesa; depois a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948.”⁶⁸

Especificamente a Revolução Francesa representou inestimável avanço na contemplação dos direitos e liberdades individuais, destacando-se a afirmação do direito à participação política. Nesse contexto, o Estado democrático e liberal abriu caminho para edificação das liberdades individuais e da igualdade entre os homens, esta ainda marcada por características puramente formais.

Posteriormente, com a evolução de um Estado Liberal para o Estado Social houve a evolução do conceito de igualdade, que passou de uma concepção puramente formal, fundamentada em uma igualdade perante a lei, para um conceito material. A isonomia

⁶⁸ Os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais: da insuficiência do reconhecimento e da previsão legal e da necessidade de mais efetividade. Lisboa: Mimeografado, 2005. 28p. *apud* CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Abordagem constitucional acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas no ensino superior. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/x/27/87/2787/. Acesso em 31/10/08.

constitucional foi ampliada, abrangendo uma igualdade material, também denominada, substancial.

No que concerne ao sentido material, a igualdade consiste em considerar grupos minoritários e hipossuficientes que necessitam de proteção especial. Por conseguinte, busca tornar acessível aos indivíduos as mesmas oportunidades e chances. Por esta visão, o Direito passa a perceber o homem como um ser dotado de características singularizantes, tornando-se necessário dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Na lição de Alf Ross, “a exigência formal de igualdade não exclui uma diferenciação entre pessoas que se acham em circunstâncias distintas.”⁶⁹

Desta forma, cabe ao Estado Democrático de Direito promover as condições simétricas de acesso e oportunidades, por meio de políticas públicas e leis, buscando ponderar as peculiaridades dos indivíduos e dos grupos menos favorecidos. Por meio dessa atuação, mitiga os efeitos de injustiças decorrentes de fatores históricos, sociais, culturais e políticos, pela via da compensação ou da distribuição.

No Brasil, o princípio da igualdade foi inaugurado na Constituição Imperial de 1824, enunciando uma igualdade formal entre os indivíduos. Recentemente, a Magna Carta de 1988 fez frente aos governos autoritários e ditatoriais, que golpearam o governo no final da década de 1960. Por isso, afirma-se que esta Carta Política de 1988 representou o ápice quanto à expressão de valores como a liberdade e igualdade de direitos, bem como a garantia de direitos sociais.

O paradigma positivado na Constituição da República de 1988 é o do Estado Democrático de Direito⁷⁰, o qual se estrutura em uma democracia representativa, participativa e pluralista, e garante a realização prática dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, através de instrumentos apropriados conferidos aos cidadãos. Como bases dessa democracia constitucionalizada há a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais.

⁶⁹ Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003. p.318. *apud* CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Op. cit.

⁷⁰ CF 1988. Art. 1º.

A dignidade humana é um preceito que merece muita atenção no presente estudo, uma vez que se coloca como pilar impulsionador da ação do Estado em sua função precípua de garantir os direitos dos cidadãos e criar mecanismos para sua efetivação e exercício na maior plenitude possível. No entender de Roberta Toledo Campos, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana tem o condão de ampliar o conceito de democracia, que se evidenciará não somente no plano político, mas também nas dimensões econômicas, sociais e culturais. Nesse sentido afirma Roberta Toledo Campos:

“Um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito é a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CR/88, art. 1º, III). Isso significa que o indivíduo é o limite e o fundamento do domínio político da República. A República, assim, é uma organização que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A dignidade humana é o valor-fonte para definir os direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são desdobramentos da dignidade da pessoa humana.”⁷¹

Norberto Bobbio⁷² enfatiza que a marca característica do Estado Democrático de Direito é a sua legitimação pela consagração e promoção dos Direitos Fundamentais, já que sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos não há democracia. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 possui várias normas que buscam legitimar o Estado de Direito, através da consolidação de seu principal fundamento, os direitos fundamentais.

Em seu preâmbulo, a Magna Carta de 1988 afirma que o Estado Democrático é destinado a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.” A partir deste texto preambular, inquestionável a atribuição do Estado de assegurar um rol de direitos fundamentais.

O princípio da igualdade formal está presente na atual Constituição no caput do artigo 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”. Cabe esclarecer

⁷¹ CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br>. Acesso em 16/09/08.

⁷² A era dos direitos. 8ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. *apud* CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br> 06.junho.2007. Acesso em 16/09/08.

que a igualdade puramente formal é a que consiste na pura identidade de direitos e deveres concedidos aos indivíduos, procedendo a uma aplicação genérica e abstrata da lei, sem haver qualquer distinção ou privilégio. A este respeito discorre José Afonso da Silva:

“Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com mera isonomia formal, no sentido que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.”⁷³

O caráter da igualdade material da Constituição de 1988 encontra-se evidenciado em inúmeros dispositivos, que prescrevem formas de tratamento diferenciado justamente para igualar. Dentre esses artigos, pode ser citado, por exemplo, o artigo 7º inciso XX e XXXI:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:
(...)
XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.
(...)
XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. (...).”

Além deste, existem outros que também revelam a perspectiva da igualdade material, tal como artigo 3º, III; e artigo 37, VIII. Esses expressam nitidamente a preocupação do constituinte com os direitos e garantias fundamentais.

Diante dessas considerações, no que tange ao princípio constitucional da isonomia, questiona-se: A intenção do constituinte se ateve a estabelecer uma situação jurídica em que todos sejam tratados igualmente quando da aplicação da lei? Ou este constituinte se referiu a plenitude da igualdade, tanto jurídica, quanto de oportunidades, almejando uma igualdade também no seu aspecto material?

No ponto de vista seguido por este trabalho, acredita-se que é a igualdade substancial, ou material, a consagrada no texto constitucional. Por conseguinte, o princípio constitucional

⁷³ Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. *apud* CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Op. cit.

da isonomia tem por pressuposto o tratamento desigual a situações díspares, ou seja, tratar cada ser humano de forma irrestrita e assimétrica, respeitando as diferenças de cada um.

Salienta-se a profundidade do artigo 3º, inciso III, que define o objetivo do Estado brasileiro de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁷⁴Com essa assertiva, já fica evidenciado que as diferenças existem, o que não surpreende pois o Brasil ainda sofre com os reflexos de uma dominação histórica, característica de um país colonizado.

Desta forma, compete ao Estado de Direito promover e assegurar uma concreta isonomia, ou seja, aquela isonomia na qual se dá tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, através da concessão de igualdade de oportunidades, almejando, primordialmente, a dignidade da pessoa humana, como já ensinava Aristóteles na Antiguidade⁷⁵.

De fato, quando estabelecido que a igualdade deva ser buscada sem distinção, não significa que a lei deve tratar a todos abstratamente iguais⁷⁶. Essa postura não se mostra suficiente para assegurar os direitos e garantias fundamentais; e nem eficaz no fito de oferecer a quem era socialmente desfavorecido, as mesmas oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Na prática, a interpretação do princípio da igualdade deve, sobretudo, levar em consideração a existência de desigualdades e as injustiças causadas pela atual conjectura da sociedade a fim de promover-se uma igualização justa.

José Afonso da Silva traz em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, o entendimento de Mauro Cappelletti que dizia que “está bem claro hoje que tratar ‘como igual’

⁷⁴ Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – reduzir a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁷⁵CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias; BARBOSA, Andreza Vanderlei de Gusmão. Op. cit.

⁷⁶SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. *apud* CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias; BARBOSA, Andreza Vanderlei de Gusmão. Op. cit.

a sujeitos que economicamente e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça.”⁷⁷

Diante do exposto, ressaltam-se as sábias palavras de Cármen Lúcia Antunes, citada por José Afonso da Silva⁷⁸, que entende ser a igualdade constitucional mais que uma expressão de Direito; sendo um modo justo de se viver em sociedade. Por isso, é princípio posto como pilar de sustentação e norte de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

5.2. As ações afirmativas

Inicialmente, cumpre definir as ações afirmativas, que para Joaquim Barbosa Gomes "consistem em políticas públicas, e também privadas, voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física".⁷⁹

Conforme definição de Leila Pinheiro Bellintani, “as ações afirmativas consubstanciam-se, de modo genérico, em mecanismos públicos ou privados que possuem o condão de instituir na sociedade uma igualdade de oportunidades e de resultados entre os seus cidadãos”⁸⁰. E, segundo a autora, encaixa-se nesse conceito qualquer mecanismo que se destine a fomentar maior isonomia propiciando a aquisição igualitária dos bens da vida.

Ainda definindo essas ações, Antonio Sérgio Guimarães, afirma que “consistiriam em promover privilégios de acesso a meios fundamentais - educação e emprego principalmente – a minorias étnicas, raciais ou sexuais que, de outro modo estariam delas excluídas, total ou parcialmente.”

⁷⁷ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. *apud* CAVALCANTI, Stela BARBOSA Andreza Vanderlei de Gusmão. Op.cit.

⁷⁸ Idem. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. *apud* CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Op. cit.

⁷⁹ Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 *apud* CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Op. cit.

⁸⁰ BELLINTANI, Leila Pinheiro. Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das cotas raciais para o ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2006. p. 52

Afirma-se que essas políticas discriminatórias positivas surgiram, inicialmente, nos Estados Unidos. Foram fruto das lutas de grupos organizados da sociedade civil pelos direitos civis afro-americanos, destacando-se o Movimento Negro liderado por Martin Luther King. Sabe-se que a história dos negros nos Estados Unidos foi marcada por intensas reivindicações e movimentos sociais, colocando-se como país pioneiro nessa busca pela equalização de classes. Por outro lado, afirma-se que também tinham o intuito de enfrentar o desemprego das minorias étnicas.

Nasceu, então, na América uma concepção de ações afirmativas que se pulverizou, também, pela Europa, onde receberam a denominação de discriminações positivas. Além dessas nações, estas políticas vêm sendo implementadas em países como a Índia que adotou um sistema baseado em cotas que reservavam cerca de 22% das vagas na administração e no ensino públicos para as minorias étnicas.

No Brasil, também se observa uma relevante participação do Movimento Negro nos debates a respeito da promoção de melhores oportunidades a grupos menos favorecidos. Nesse sentido, Ahyas Siss discorre que:

Não obstante a existência de diferentes abordagens avaliando a eclosão e a importância dos espaços conquistados pelo diversos movimentos sociais pós-1970, é possível perceber-se que, desde as últimas décadas do século XX, vêm sendo operadas modificações nas relações entre a sociedade civil e o Estado brasileiro e que, para essas modificações, também contribuíram as pressões exercidas pelos movimentos sociais.⁸¹

Essa participação social nas lutas em prol de políticas inclusivas é muito importante, pois cobra do Estado algumas medidas que, muitas vezes são legalmente fixadas, mas não são cumpridas por ele.

De fato, pode-se caracterizar as ações afirmativas como políticas sociais que buscam concretizar a igualdade de oportunidades, bem como induzir mudanças na ordem cultural capazes de eliminar idéias socialmente cultivadas, como da subordinação e supremacia de uma raça com relação à outra, do homem em relação à mulher. Por este prisma, entende-se que as ações afirmativas objetivam coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os efeitos da discriminação do passado.

⁸¹ CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Op. cit.

Importante atentar que essas políticas, embora não sejam intervenções governamentais suficientes para eliminar as desigualdades historicamente acumuladas, desempenham o importante papel de corrigí-las, ao promoverem as igualdades de oportunidades e de tratamentos. Com isso, contribuem para uma democracia de resultados.

No Brasil, encontramos dispositivos que possibilitam a adoção das discriminações inversas por parte do Estado, destacando-se, principalmente, em nível infraconstitucional, a ação afirmativa de gênero e a ação afirmativa de raça.

Este trabalho tem por objeto uma ação afirmativa de gênero, que introduziu uma política integral para coibir a violência doméstica contra as mulheres. Estas, ocupando uma posição vulnerável dentro do relacionamento, foram discriminadas e sofreram com as relações hierarquizadas, pois lhes foi imposto, socialmente, um papel de subordinação ao sexo oposto. Tornaram-se vítimas da violência de gênero, o que fez necessária a edição de uma lei específica para coibir essa prática no país, cujo enfoque principal é a proteção da vítima.

Trata-se da Lei 11.340/2006, que, ao contrário do que defendem seus principais críticos, não viola o princípio constitucional da isonomia, visto que é autorizada pelo mandamento da igualdade substancial. Este, como já esclarecido, reconhece as diferenças sociais. É, justamente, esse sentido material da igualdade que dá respaldo às discriminações positivas e as livram das acusações de inconformidade com os preceitos constitucionais.

A lei em comento, diante de uma demanda majoritariamente social, buscou compensar as discriminações e privações de direitos, enfrentadas pelas mulheres, que perduraram por longos anos - conforme se buscou demonstrar no capítulo anterior versando sobre a origem das desigualdades de gênero. Diante da solidificação da superioridade social do sexo masculino, o sexo feminino foi um grupo socialmente discriminado ao qual se pretende proteger pela nova lei. Nessa linha, Calmon Passos afirma que a única forma de igualar “pessoas substancialmente diferenciadas é desigualá-las em termos jurídicos para que através desse desigual tratamento se obtenha maior igualdade substancial”.⁸²

⁸² Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 2003. *apud* CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. Boletim IBCCRIM, ano 16, n. 73, p. 244-267, jul-ago de 2008.

Conforme Celso Bandeira de Mello, admite-se a discriminação estabelecendo alguns critérios por meio dos quais é possível sustentá-la como constitucional. Para o autor, qualquer fator baseado em coisa, pessoa, ou situação pode ser escolhido pela lei como *fator de discrimen*, tendo este que ser justificado racionalmente (fundamento lógico) para, em vista desse critério, atribuir-se o tratamento desigual; e, por fim, esse fundamento racional, abstratamente existente, deve estar afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.⁸³

Ainda de acordo com Mello, não haveria desrespeito ao princípio constitucional da isonomia, se a norma atender aos seguintes aspectos: 1. abranger uma categoria de pessoas e não um indivíduo isoladamente considerado; 2. adotar como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos residentes nos fatos, situações ou pessoas; 3. atribuir tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; e 4. estar o *discrimen* em concordância com os valores prestigiados constitucionalmente.⁸⁴

Dessa forma, conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro, é possível a discriminação, desde que busque alcançar a igualdade entre os seres humanos e, se guie por esses quatro aspectos supracitados. Insta salientar que o anseio das ações afirmativas é, justamente, buscar caminhos para viabilizar a ascensão social de grupos e classes desfavorecidos e, o seu produto só poderá ser a igualdade almejada por aqueles que visam à justiça social.

Portanto, as ações afirmativas mostram-se um elemento socialmente muito importante, representando uma maneira de neutralizar o desequilíbrio fático que torna as pessoas substancialmente diferentes. Nesse contexto, a Lei 11.340 é uma lei que se encaixa nas hipóteses previstas de exceção ao princípio puramente formal da isonomia, pois promove um tratamento desigual com base em justificativas fáticas de origem histórica, social e cultural.

A verdade é que, hoje, a sociedade moderna procura, constantemente, a igualdade como um dos fatores da almejada justiça social. Nesse sentido, convém destacar as palavras do ilustre Rui Barbosa:

⁸³ Loc. cit.

⁸⁴ Loc. cit.

A regra da igualdade não consiste em quinhonar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada a desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.⁸⁵

A violência de gênero é uma discriminação contra as mulheres, originada de um tratamento desigual entre homens e mulheres perpetuada ao longo da história da humanidade, que merece ser encarada como tal. Diante disso, admite-se que o Estado utilize-se de instrumentos como as ações afirmativas, criando uma lei específica para tutelar apenas as mulheres, como forma de beneficiá-las das injustiças sofridas. Nesse aspecto, afirma-se que o Estado está cumprindo uma das suas principais funções de promover o exercício pleno das garantias fundamentais e assegurar a dignidade das mulheres.

⁸⁵ Oração aos Moços. Martin Claret: São Paulo, 2003. p. 19 *apud* CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. *Op.cit.*

CAPÍTULO SEXTO

6. CONCLUSÃO

No Brasil, O Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Cotas, bem como a Lei Maria da Penha são expressivas demonstrações da ação do Estado Democrático de Direito em promover condições equivalentes de acesso e oportunidades aos indivíduos socialmente desfavorecidos, sejam por razões econômicas, racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

Nesse prisma, importantíssima atenção se dedica ao princípio da isonomia constitucional e o seu sentido material, pelo qual o Direito passa a tratar o homem em sua especificidade e singularidade. Essa concepção de igualdade sobrepôs-se à abordagem formal, o qual consiste em tratar os indivíduos de forma abstrata e genérica. Com isso, o Estado abandonou a postura neutra, de mero espectador dos embates travados na convivência humana, e foi incitado a agir com intuito de concretizar a igualdade positivada nos textos constitucionais.

Assim, os lamentáveis índices de violência contra mulher impuseram um grande desafio ao Estado, o qual foi adequadamente enfrentado por meio da elaboração de um instrumento legal para tutela específica das mulheres. A Lei 11.340/2006, nomeada Lei Maria da Penha, é uma verdadeira ação afirmativa, que define em seu preâmbulo a sua razão de existência, qual seja “criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Não é uma lei inconstitucional, pois é um diploma legítimo. Corresponde a vontade social, vez que se originou de um projeto elaborado da própria sociedade, e configura uma discriminação positiva que pretende garantir a implementação de direitos fundamentais ao sexo feminino.

Há quem critique as ações afirmativas por serem um discurso salvacionista dos excluídos e estigmatizados, afirmando que o Estado é inadimplente em assegurar o conteúdo pleno dos direitos fundamentais aos indivíduos, atuando de forma inconstitucional. Porém, esse é um entendimento distorcido e superficial da realidade social e da atuação do Estado, porque ignora as desigualdades e discriminações ocorridas ao longo da história da humanidade.

O Estado brasileiro, no cumprimento de suas funções constitucionalmente estabelecidas, deve sim criar mecanismos que viabilizem o alcance de seus objetivos elencados no artigo 3 ° da Carta Magna, buscando, a almejada justiça social. Um desses mecanismos são as discriminações positivas. Ora, o Estado não é capaz de fazer milagres e, num estalar de dedos, erradicar todas as desigualdades sociais, garantindo que todos os cidadãos tenham o mesmo ponto de partida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das cotas raciais para o ingresso no ensino superior no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. 272 p.

BERNARDES, M. Di R. A deplorável prática da violência doméstica contra a mulher. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n.11 – abr./mai. 2006.

CABETTE, E. L. S. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Net**, Teresina, 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>> Acesso em: 23/10/2008.

CAMPOS, A. H. Lei Maria da Penha: um novo modelo de processo. **Juízes para Democracia - Publicação Oficial da Associação Juízes para Democracia**, São Paulo, ano 12, n. 45 – mar./mai. 2008, p. 4 – 5.

CAMPOS, C. H. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 73, p. 244-267 – jul./ago. 2008.

CAMPOS, R. T. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. **Net**. Disponível em: <<http://www.blogdolfg.com.br06.junho.2007>>. Acesso em 16/09/2008.

CARDOSO, R. E. R. Abordagem constitucional acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas no ensino superior. **Net**, Bahia, 2006. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/x/27/87/2787/>. Acesso em 31/10/2008.

CAVALCANTI, S. V. S. F., BARBOSA, A. W. G. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. **Net**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 16/08/2008.

COMPARATO, Fábio Konter. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 578 p.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006)**, comentada artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006)**, comentada artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 272 p.

DIAS, M. B. Falando em Violência doméstica. **Net**. Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 10/06/2008.

_____. Violência Doméstica: Uma nova lei para um velho problema. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 168 – novembro 2006.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 160 p.

FULLER, P. H. A. Aspectos polêmicos da lei de violência doméstica ou familiar contra a mulher. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 171 – fevereiro, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

KARAM, M. L. Violência de gênero: paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, p. 6 – novembro 2006.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha Comentada.** Leme/SP: Mundo Jurídico, 2007. 165p.

MARCHIORI NETO, D. L., WEND, V. K. Ação afirmativa e sua perspectiva de inclusão no arcabouço jurídico brasileiro. **Net**, 2004. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso em: 14/08/2008.

MOREIRA, R. A. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n.19, p.82 – ago./set. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO, Cecília. **Mulheres: o Gênero nos une, a classe nos divide.** 2. ed. Apresentação de Cláudia Mazzei Nogueira. São Paulo: Sundermann, 2008. 148 p.

PINSKY, Carla Bassanezi et PEDRO, Joana Maria. **Mulheres, Igualdade e Especificidade.** PINSKY, Jaime et Carla Bassanezi (org.). **HISTÓRIA DA CIDADANIA.** São Paulo: Contexto, 2003, 266-7 p.

PINTO, R. B.; CUNHA, R. S. A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos juizados especiais criminais. **Net**, 2007. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em 13/08/2008.

SOUZA, J. P. A. S.; FONSECA; T. A. da. A aplicação da Lei 9.099/1995 nos caso de violência domestica contra a mulher. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, p.4 – novembro 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha, 11.340/2006.** Curitiba: Juruá, 2007, p. 13.

SANTIN, V. F. Igualdade Constitucional na Violência Doméstica. **Net.** Disponível em: <<http://www.apmp.com.br/juridico/santin>>. Acesso em: 17/06/2008.

ANEXOS - JURISPRUDÊNCIAS

LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

TRATA-SE DE *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MP, DETERMINANDO QUE A DENÚNCIA, ANTERIORMENTE REJEITADA PELO JUIZ DE 1º GRAU, FOSSE RECEBIDA CONTRA O PACIENTE PELA CONDUTA DE LESÕES CORPORAIS LEVES CONTRA SUA COMPANHEIRA, MESMO TENDO ELA SE NEGADO A REPRESENTÁ-LO EM AUDIÊNCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA PARA TAL FINALIDADE, NA PRESENÇA DO JUIZ, DO REPRESENTANTE DO *PARQUET* E DE SEU ADVOGADO. COM ISSO, A DISCUSSÃO FOI NO SENTIDO DE DEFINIR QUAL É A ESPÉCIE DE AÇÃO PENAL (PÚBLICA INCONDICIONADA OU PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO) DEVERÁ SER MANEJADA NO CASO DE CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE QUALIFICADA, RELACIONADA À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.340/2006. A TURMA, AO PROSSEGUIR O JULGAMENTO, POR MAIORIA, DENEGOU A ORDEM, POR ENTENDER QUE SE TRATA DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, COM APOIO NOS SEGUINTE ARGUMENTOS, DENTRE OUTROS: 1) O ART. 88 DA LEI N. 9.099/1995 FOI DERROGADO EM RELAÇÃO À LEI MARIA DA PENHA, EM RAZÃO DE O ART. 41 DESTA DIPLOMA LEGAL TER EXPRESSAMENTE AFASTADO A APLICAÇÃO, POR INTEIRO, DAQUELA LEI AO TIPO DESCRITO NO ART. 129, § 9º, CP; 2) ISSO SE DEVE AO FATO DE QUE AS REFERIDAS LEIS POSSUEM ESCOPOS DIAMETRALMENTE OPOSTOS. ENQUANTO A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS BUSCA EVITAR O INÍCIO DO PROCESSO PENAL, QUE PODERÁ CULMINAR EM IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO AO AGENTE, A LEI MARIA DA PENHA PROCURA PUNIR COM MAIOR RIGOR O AGRESSOR QUE AGE ÀS ESCONDIDAS NOS LARES, PONDO EM RISCO A SAÚDE DE SUA FAMÍLIA; 3) A LEI N. 11.340/2006 PROCUROU CRIAR MECANISMOS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES NOS TERMOS DO § 8º DO ART. 226 E ART. 227, AMBOS DA CF/1988, DAÍ NÃO SE PODER FALAR EM REPRESENTAÇÃO QUANDO A LESÃO CORPORAL CULPOSA OU DOLOSA SIMPLES ATINGIR A MULHER, EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, FAMILIAR OU ÍNTIMA; 4) ADEMAIS, ATÉ A NOVA REDAÇÃO DO § 9º DO ART. 129 DO CP, DADA PELO ART. 44 DA LEI N. 11.340/2006, IMPONDO PENA MÁXIMA DE TRÊS ANOS À LESÃO CORPORAL LEVE QUALIFICADA PRATICADA NO ÂMBITO FAMILIAR, CORROBORA A PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS, AFASTANDO ASSIM A EXIGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. RESSALTE-SE QUE A DIVERGÊNCIA ENTENDEU QUE A MESMA LEI N. 11.340/2006, NOS TERMOS DO ART. 16, ADMITE REPRESENTAÇÃO, BEM COMO SUA RENÚNCIA PERANTE O JUIZ, EM AUDIÊNCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA PARA ESSE FIM, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, OUVIDO O MINISTÉRIO PÚBLICO. **HC 96.992-DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 12/8/2008.**

**REDISTRIBUIÇÃO IMPOSSIBILIDADE. Íntegra do Acórdão
Declaração de Voto - DES. LUIZ LEITE ARAUJO**

“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO SUSCITADO PELO TITULAR DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL/VIOLENÇA DOMÉSTICA - DENÚNCIA DESCREVENDO OS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 12 DA LEI 10.826/03, 333 E 129, PARÁGRAFO 9º DO CÓDIGO PENAL ENDEREÇADA À 3ª VARA CRIMINAL - PUGNANDO O ÓRGÃO MINISTERIAL DAQUELE JUÍZO PELA REMESSA FACE À COMPETÊNCIA ABSOLUTA QUE SE EXTRAÍ DO DELITO DE LESÃO CORPORAL PELA CONDIÇÃO DA PRÁTICA NO ÂMBITO DO LAR - PEÇA VESTIBULAR SEM RECEBIMENTO - RENÚNCIA AO DIREITO DA REPRESENTAÇÃO PELA ENTÃO OFENDIDA ÀS FLS. 145 EM NOVO ATO ESTE NOMINADO DE RETRATAÇÃO QUE FOI EFETUADA PELA VÍTIMA EM AUDIÊNCIA PERANTE O JUIZ E COM A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - JUIZ SUSCITANTE JECRIM QUE ALEGA NÃO SER COMPETENTE POSTO QUE EM TENDO HAVIDO A RETRATAÇÃO, O QUE LEVOU AO NÃO RECEBIMENTO DA INICIAL, E, SENDO OS DEMAIS CRIMES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM, OS AUTOS DEVERIAM RETORNAR À 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPOS. JUÍZO SUSCITADO ADUZINDO QUE A RETRATAÇÃO NÃO CONFERE A REDISTRIBUIÇÃO FACE À PERPETUATIO JURISDICTIONIS. CONFLITO NEGATIVO INSTAURADO. PREVISÃO NO ART. 16 DA LEI 11.340/06 : NAS AÇÕES PENAIS PÚBLICAS CONDICIONADAS À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA DE QUE TRATA ESTA LEI, SÓ SERÁ ADMITIDA A RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO PERANTE O JUIZ, EM AUDIÊNCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA COM TAL FINALIDADE, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E OUVIDO O MINISTÉRIO PÚBLICO. RETRATAÇÃO INSTITUTO DIVERSO DA RENÚNCIA - ART. 16 DA LEI 11.340/06 QUE SOMENTE TRAZ A RENÚNCIA E NÃO A RETRATAÇÃO PRESUNÇÃO DE ATO ANTECEDENTE O QUE INOCORRE FACE AO ARTIGO 16 DA LEI ESPECIAL. RENÚNCIA E REPRESENTAÇÃO ATOS SOLENES A SEREM EXERCITADOS FRENTE AO MAGISTRADO CONSOANTE PREVISÃO LEGAL ENTRETANTO ARTIGO 129, PARÁGRAFO 9º DO CÓDIGO PENAL QUE COM O NOVEL DIPLOMA (LEI Nº 11.340/06) FOI AFASTADO DA LEI 9.099/95, REPRIMENDA MÁXIMA EM TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, INSERIDO NA AÇÃO PENA PÚBLICA INCONDICIONADA (ARTIGOS 61 E 88 DA LEI 9.099/95) ARTIGO 41 QUE NÃO SE CONTRAPÕE AO ART. 16 DA REFERIDA LEI. ESTE CUIDANDO DA RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO NOS DELITOS OUTROS QUE NÃO O DE LESÃO CORPORAL, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. E AQUELE (ARTIGO 41) EXCLUÍDO A INCIDÊNCIA DA LEI 9.099/95 NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. RETRATAÇÃO SEM EFICÁCIA. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. CONFLITO DE JURISDIÇÃO NEGATIVO QUE SE JULGA IMPROCEDENTE, ESTABELECE A COMPETÊNCIA NO JUÍZO SUSCITANTE. **(INTEIRO TEOR SESSÃO DE JULGAMENTO: 17/04/2008 2008.055.00009 - CONFLITO DE JURISDICAÇÃO CAMPOS – SEXTA CAMARA CRIMINAL – Unânime Des. Rosita Maria de Oliveira Neto – Julto: 17/04/2008)**

**AGRESSORES DOMÉSTICOS SERÃO PROCESSADOS MESMO QUE VÍTIMAS
RETIREM A QUEIXA (Processo: REsp.1000222)**

AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES PODEM SER PROCESSADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO DA VÍTIMA. A CONCLUSÃO, POR MAIORIA, É DA SEXTA TURMA, AO CONSIDERAR QUE A AÇÃO PENAL CONTRA O AGRESSOR DEVE SER PÚBLICA INCONDICIONADA.

NO RECURSO ESPECIAL DIRIGIDO AO STJ, O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS PROTESTAVA CONTRA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL CONTRA O AGRESSOR E.S.O., DO DISTRITO FEDERAL. APÓS A RETRATAÇÃO DA VÍTIMA EM JUÍZO, AFIRMANDO NÃO QUERER MAIS PERSEGUIR CRIMINALMENTE O AGRESSOR, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (TJDFT) TRANCOU A AÇÃO, AFIRMANDO QUE NÃO HAVERIA JUSTA CAUSA PARA O SEU PROSSEGUIMENTO.

SEGUNDO O TJDFT, OS DELITOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES E CULPOSAS CONTINUAM TENDO A NATUREZA JURÍDICA DE PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO, POIS O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO TEM REGÊNCIA DA UNICIDADE.

“NÃO HAVENDO A POSSIBILIDADE JURÍDICA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL, EM FACE DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 16 DA LEI ‘MARIA DA PENHA’, QUAL SEJA, A MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA PERANTE O JUIZ DE NÃO MAIS PROCESSAR O SEU COMPANHEIRO, CONCEDE-SE A ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA DETERMINAR-SE O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTAR-LHE A JUSTA CAUSA”, AFIRMOU A DECISÃO DO TJDFT. NA DECISÃO, O TRIBUNAL BRASILIENSE RESSALVOU, AINDA, A POSSIBILIDADE DE A VÍTIMA, A QUALQUER MOMENTO, NO PRAZO DE SEIS MESES, VOLTAR A EXERCER O DIREITO DE DENUNCIAR O AGRESSOR.

A RELATORA DO CASO, A DESEMBARGADORA CONVOCADA JANE SILVA, CONCORDOU COM OS ARGUMENTOS E FOI ACOMPANHADA PELO MINISTRO PAULO GALLOTTI. OS MINISTROS NILSON NAVES E MARIA THERESA DE ASSIS MOURA DIVERGIRAM. EM SEU VOTO-VISTA, O MINISTRO OG FERNANDES DESEMPATOU EM FAVOR DA TESE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A AÇÃO CONTRA AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER DEVE SER PÚBLICA INCONDICIONADA.