

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC



FACULDADE DE DIREITO

BACHAREL EM DIREITO

CRISTIANE CARNEIRO SOARES

**A VIOLÊNCIA E OS DIREITOS
DA MULHER**

JUIZ DE FORA

2008

61019
140 00019

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC



FACULDADE DE DIREITO

BACHAREL EM DIREITO

CRISTIANE CARNEIRO SOARES

**A VIOLÊNCIA E OS DIREITOS
DA MULHER**

Monografia de conclusão de Curso
apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antonio
Carlos/Juiz de Fora, como exigência
para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito

JUIZ DE FORA

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

Artur Camargo Lucas

Aluno

A violência e os direitos das mulheres.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Walter

Amorim

Luiz Felipe - d.c.f.o.

Aprovada em 05/12/2008.

Parafreseando Cora Coralina ...

Dedico esse trabalho a todos aqueles que nunca receberam nenhuma referência, nenhuma lauda, nenhum primeiro lugar nenhuma condecoração.

AGRADECIMENTOS

A Deus e Jesus Cristo, se não fosse eles esse sonho não teria se realizado. A minha mãe, amiga, fiel e companheira pela presença segura em todo momento de minha vida, e ao meu pai, aos amigos e parentes que estiveram ao meu lado nesta jornada. Aos Professores da Faculdade.

RESUMO

A presente Monografia tem como objetivo criticar a Violência contra a Mulher, submetidas, a danos físicos, morais ou psicológicos irreparáveis, quando não chegam à morte; a proposta desta pesquisa é desconstruir a visão machista preconceituosa e violenta a respeito da figura feminina.

Neste trabalho propomos analisar a evolução do ordenamento jurídico em relação aos Direitos da Mulher com novas abordagens, discutindo-se a relevância e a atualidade da Lei Maria da Penha ganhando espaço jurídico e social, em defesa dos Direitos da Mulher; buscando almejar o combate sistematizado que deve ser feito, bem como da necessidade de mudanças de comportamento e atitudes da população frente à violência de gênero e o reconhecimento dos Direitos da Mulher.

Analisaremos as origens do preconceito, da discriminação, da intolerância e da violência contra a mulher, através das mudanças promovidas pelo movimento feminista e pela criação de mecanismos legais no âmbito nacional e internacional na garantia dos direitos das mulheres.

O princípio de igualdade diminui as diferenças entre homens e mulheres, pode não ser uma tarefa fácil, mas acreditamos que um primeiro passo foi dado na criação de medidas punitivas relacionadas à violência contra as mulheres, e no plano dos direitos fundamentais dos seres humanos, cada conquista deve ser considerada uma vitória na promoção dos Direitos Humanos, como a Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha (Lei Nº 11.340/06) criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, classificando esse tipo de agressão como crime com pena e procedimentos específicos. "O que ficou dessa lei foi justamente esse caráter punitivo, mas a Lei Maria da Penha também prevê programas de reabilitação e reeducação para o homem agressor.

Palavras-Chaves: Violência, Direito da Mulher.

ABSTRACT

This Monographic has the objective to. Criticize the violence against the woman, subjected to physical damages, moral ou psycological irrepaire, when dont't happen the die; the proposal of this research is take of the male view prejudice and violente about the female picture.

This work proposes to analise the evolution of the jurist ordem about the woman's right winth new approaches discussiung the relevancy and the present of "Law Maria da Penha" winning jurist and social space defending the woman's rights searching the system combat have to done like necessity of changes of bhavior and people's attitudes favor the violence and the recognized of the woman's rights.

We'll analise the origin of the prejudice, discriminate, intolerancy and the violence against the woman through changes promoted by the feminist movement and by the creation of legal mechenisms in the national and international scope favor the woman's laws. The principle of equality reduces the differences betureen men and women can be a difficult task but we believe that a first step was given with the creation of penalized ways related to the violence against women and about the reg fundamental rights of the humans blings, each conquest has to be consideret one victory in the promote of humans rights like in law Maria da Penha.

The Law Maria da Penha (Law nº 11.340/06) created mechanisms to reduce the domestic and familiar violence against the woman classifing this king of agression like crime with penalty and specifics procedure. There is a penalize chaaracter but the Law Maria da Penha predicts programs of rehabilitation and reeducation to the aggressor man.

Key - Words: Violence, Woman's Right:

SUMÁRIO

Introdução -----	10
I - Breve Histórico do Direito da Mulher -----	12
1.1 – Histórico da situação da Mulher -----	12
1.2 - A Evolução dos Direitos da Mulher -----	13
II – Constitucionalidade -----	16
2.1 Princípio da Igualdade -----	17
III - A História de Maria da Penha -----	19
3.1 - Dados estatísticos sobre a violência contra a mulher -----	20
IV - A violência nas relações homo afetivas (entre mulheres) -----	22
V - Inconstitucionalidade -----	23
5.1 - Princípio da Igualdade X Lei Maria da Penha -----	24
VI – A Desistência da Mulher à Ação e Formas de representação - -----	27
VII - Os aspectos criminais da nova legislação, confrontando-o com a Lei 9.099/95, o Código Penal e o de Processo Penal -----	34
VIII - Posições Jurídicas -----	42

IX - Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher
(art. 7º): ----- 45

9.1 - Âmbito vínculo relações exigidas para caracterização completa
da violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 5º) ----- 46

Considerações Finais ----- 47

Bibliografia ----- 49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a Violência e os Direitos da Mulher, visando eliminar o preconceito, a intolerância e a discriminação empregada na sociedade em relação a mulher ao longo dos anos. É necessário expor a história da Mulher, para concluirmos o objetivo de explicar a problemática vivenciada pela Mulher em meio a uma sociedade machista.

A violência que a mulher sofre está no seu dia a dia, incorporado e enraizado no imaginário social coletivo da nossa sociedade, de homens, mas também de mulheres, que legitimam a subordinação do sujeito feminino ao domínio do poder masculino. Nos anos 70, no Brasil, a violência contra as mulheres não tinha visibilidade. Aliás, não existia esta expressão. Ela teve que ser nomeada, para que pudesse ser vista, falada e pensada.

No Brasil, a partir do momento que se deu a queda do regime militar, as denúncias de violência contra a mulher tiveram maior visibilidade na medida em que diversas formas de agressividade ganharam o espaço público sendo incluídas nas esferas de diálogo e de interação entre diversos segmentos da sociedade e de instituições do Estado, fazendo com que fossem criadas diversas organizações governamentais para atuação na defesa dos direitos da mulher, e conseqüentemente na luta contra os crimes de violência de gênero.

No caso do Brasil, um bom exemplo disto encontra-se na Constituição de 1988 que trouxe em seu texto um conjunto de ações e garantias afirmativas na promoção dos direitos da mulher (apesar de sua eficácia e efetividade serem criticáveis), e do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996 (revisado no ano de 2002), documentos jurídicos que colocavam explicitamente as mulheres na própria definição dos Direitos Humanos, e propunham a afirmação de direitos das minorias.

A década de 90, assim, marcou um processo de expansão dos Direitos Humanos, caracterizando uma intensa mobilização internacional, envolvendo governos, organizações da sociedade civil entre outros grupos, fazendo com que se reconhecesse o caráter político dos instrumentos na garantia dos Direitos Humanos, cujo conteúdo expressa o jogo de alianças, tensões e embates no cenário nacional e internacional.

Os dados revelam também que, em média, a mulher só denuncia a violência depois da décima agressão. O assunto foi discutido em audiência pública na Assembléia Legislativa do

Rio. São numerosas e variadas as formas de violência que podem ser consideradas como 'violências de gênero', dentre estas estão as que atingem as mulheres.

Alguns tipos de violência contra a mulher são sutis, como a ironia, outras nada sutis, como os espancamentos, os estupros e os homicídios contra mulheres praticados por seus parceiros afetivos e/ou sexuais.

O emprego da violência como forma de solucionar conflitos envolvidos nas relações de gênero, bem como em outras modalidades de relacionamentos interpessoais, vêm chamando a atenção de inúmeros pesquisadores que atentam para a necessidade de dar visibilidade a tais acontecimentos, realizando reflexões teóricas profundas sobre o tema, bem como pesquisas empíricas que possam identificar o problema, condições de emergência, sujeitos envolvidos.

Estudos demonstram que a violência que é dirigida às mulheres, responde por uma parcela muito elevada da violência interpessoal, parcela que aumenta visivelmente quando estimada a partir da totalidade das violências que ocorrem nos espaços domésticos. Porém, a violência contra as mulheres raramente é julgada como "crime a ser punido" e, certas modalidades de violência como o estupro, são avaliadas monstruosas ao invés de criminosas, razão pela qual os agressores passam a ser percebidos mais como sujeitos marginais, carentes e poluentes do que como propriamente transgressores.

Assim, a Lei Maria da Penha é plenamente compatível com o sentimento social, de combate a um machismo vestuto que de há muito não tem lugar em nossa sociedade, razão pela qual sua eficácia jurídica (aplicabilidade) e sua eficácia social (efetividade) estão inegavelmente reconhecidas.

1 – BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DA MULHER:

1.1 – Histórico da situação da Mulher:

Nas sociedades da Antiguidade a família se preocupava, em primeiro lugar, pela produção econômica; para a qual as mulheres e escravos de ambos os sexos eram a força de trabalho. O status das mulheres variava segundo a sua classe social; as mulheres das classes dominantes desfrutavam de certos privilégios e comodidades que as servas e escravas não possuíam, apesar das diferenças, compartilhavam situações de minoridade e opressão igualitárias.

O primeiro papel das mulheres nestas sociedades era o trabalho doméstico. A mulher era mãe de família, cuidava da casa, das crianças preparava comidas, lavava roupas e limpava a casa, e também alimentos, cultivando horta, o pomar e remédios naturais. Além disso, fiava, tecia e costurava roupas, fazia velas, sabão e muitos outros utensílios domésticos.

Esta situação das mulheres nas sociedades pré-modernas foi modificada nas sociedades industriais contemporâneas. Como resultado da transferência dos meios de produção da família patriarcal aos donos de fábrica, as mulheres passaram a ser desnecessários para a produção doméstica. Pouco a pouco a escravidão foi abolida, e as mulheres, com muita luta, foram conquistando os direitos civis.

Os líderes da Revolução Russa de 1917, por exemplo, escreveram leis que garantiam os mesmos direitos civis às mulheres e aos homens. Porém, ao mesmo tempo, denunciaram os movimentos feministas como sendo somente um movimento de mulheres da burguesia que buscavam privilégios dos homens de sua classe. Nesta época houve uma melhora na situação da mulher, mas não uma mudança radical.

A violência contra as mulheres por parte dos seus companheiros ou pais infelizmente ainda é bastante comum, para acreditarmos que os problemas nas relações de gênero foram resolvidos com a industrialização e a modernização da economia. As recentes delegacias de

mulheres mostram como o machismo ainda impera em nossa sociedade, e o espancamentos e estupro continuam fazendo parte do cotidiano da nossa cultura machista.

Foi a partir de reivindicações do movimento feminista e da própria sociedade civil, desde o direito ao voto, às garantias trabalhistas, à opressão e estrutura de classes, primando pela igualdade de direitos entre homens e mulheres, estas que governos de todo o mundo se reuniram, discutiram, avaliaram, analisaram os questionamentos e constituíram mecanismos internacionais em defesa dos direitos da mulher tais como a “Convenção Internacional para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará)”, e a “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher”, além do “Pacto internacional dos direitos civis e políticos” e do “Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais”, forçando os Estados-Partes a criarem políticas públicas e leis na garantia e promoção dos seus direitos, sobretudo no que compete às questões trabalhistas, na sua participação política e nas tomadas de decisões de seus países (a exceção dos países de cultura mulçumana e de tradição oriental), assim como medidas punitivas contra a violência de gênero objetivando erradicar, prevenir e punir os atos de agressão contra as mulheres.

1.2 - A Evolução dos Direitos da Mulher:

A Carta das Nações Unidas foi o primeiro instrumento jurídico internacional a afirmar explicitamente os direitos iguais do homem e da mulher e a incluir o gênero como uma das formas proibidas de discriminação (juntamente com a raça, língua e religião). Essas garantias foram repetidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral em 1948. Desde então os direitos iguais para a mulher têm sido ajustados e ampliados em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos. Os direitos contidos nesses instrumentos são exercidos completamente tanto pela mulher como pelo homem. Por que, então, se julgou necessário elaborar um instrumento jurídico separado para a mulher? Considerou-se necessário adotar os meios adicionais de proteção dos direitos humanos da mulher pelo simples fato de que a sua humanidade não era suficiente para lhe assegurar seus direitos. Como o preâmbulo da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher explicita, as mulheres ainda não possuem direitos iguais aos dos homens e da discriminação contra a mulher continua existir em todas as sociedades.

A Convenção foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1979, passando a vigorar em 1981. O artigo 1º declara que: a expressão “ *discriminação contra as mulheres*” significa qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objetivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou exercício pelas mulheres, seja qual o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos e das liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro campo.

A Convenção reforça e amplia as disposições dos instrumentos internacionais já existentes, elaborados para combater a discriminação permanente contra a mulher. A Convenção estabelece objetivos e medidas específicos a serem seguidos pelos Estados Partes para facilitar a criação de uma sociedade global dentro da qual as mulheres possam gozar de plena igualdade juntos aos homens, obtendo assim o exercício pleno dos seus direitos humanos garantidos.

Também faz-se necessário que os Estados Partes reconheçam a importante contribuição econômica e social da mulher para a família e a sociedade como um todo. A convenção enfatiza o fato de que a discriminação impedirá o crescimento econômico e a prosperidade e reconhece, também, a necessidade de uma mudança de atitude, por intermédio da educação de homens e mulheres para que aceitem a igualdade de direitos e superem os preconceitos e praticas baseados em esteriótipos.

A Convenção é o reconhecimento explícito de que é necessária uma igualdade real, ou seja, igualdade de fato e não somente por lei, e de que medidas temporárias especiais devam ser tomadas para atingir esse objetivo. Ao contrario de outros tratados importantes sobre direitos humanos, a Convenção sobre a Mulher exige que os Estados Partes combatam a discriminação nas vidas e relacionamentos particulares de seus cidadãos, e não somente nas atividades do setor público.

A Convenção sobre a Mulher foi ratificada pela maioria dos países do mundo. O número de Estados Partes à Convenção teria sido uma mostra do compromisso real em terminar com a discriminação baseada no gênero se não fosse pelas reservas submetidas por muitos Estados.

Os ditos mecanismos da corrente principal dos direitos humanos têm tradicionalmente deixado de considerar os direitos humanos da mulher e a violação destes direitos. Uma das razões para isso é que a questão dos Direitos da Mulher foi separada pela ONU das outras

questões desde muito cedo, fazendo com que órgãos especializados fossem criados para tratar dos assuntos relativos à mulher.

Felizmente, a situação esta se invertendo gradualmente. Na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, em 1993, os estados membros da ONU concordam que os Direitos Humanos da Mulher deverão estar ligados a todos os aspectos do trabalho da organização com os direitos humanos. Foi declarado ainda mais que:

“Os direitos humanos da mulher e da menina fazem parte de forma inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igualitária da mulher na vida política, civil, econômica, social e cultural, em nível regional, nacional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação baseada no sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional”. (Declaração e Programa de Ação de Viena, Parte I, parágrafo 18).

Foi justamente este debate e esta luta promovida por militantes do movimento feminista e dos Direitos Humanos, assim como pelos estudos de gênero, que provocaram mudanças políticas quando governos de todo o mundo passaram a se reunir para deliberarem medidas preventivas quando da violação dos Direitos Humanos das mulheres, ao passo que várias políticas públicas e mecanismos nacionais e internacionais foram criados nas duas últimas décadas forçando os países assegurarem às mulheres os seus direitos enquanto cidadãos.

7º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo”.

Nucci,³ também não vê inconstitucionalidade na exceção prevista na chamada lei Maria da Penha. Enfatiza, com propriedade, o sempre acatado doutrinador: "...os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o quantum da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei 9.099/95. Embora severa, a disposição do art. 41 em comento, é constitucional, da Lei 11341/06. Em primeiro plano, porque o art. 98, I, da Constituição Federal, delegou à lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite transação. Em segundo lugar, pelo fato de se valer do princípio da isonomia e não da igualdade literal, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Em terceiro prisma, esse é o resultado, em nosso ponto de vista, da má utilização pelo Judiciário, ao longo do tempo, de benefício criado pelo legislador. Em outros termos, tantas foram as transações feitas, fixando, como obrigação para os maridos ou companheiros agressores de mulheres no lar, a doação de cestas básicas (pena inexistente na legislação brasileira), que a edição da Lei 11.340/2006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a "pena de cesta básica", além de outros benefícios (art. 17 desta Lei 11340/06), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei 9.099/95”.

Portanto, a chamada Lei Maria da Penha fez-se editada em consonância com a Constituição Federal vigente. Na realidade, o referido diploma veio com atraso, considerando-se os altos índices de violência contra a mulher, formando um grave problema social e somente depois de vários anos, foram tomadas medidas efetivas na tentativa de saná-lo, com o objetivo de eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher.

2.1 - Princípio da Igualdade:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando

³ NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Comentadas* p 1128.

o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito. A autoridade pública deve aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

A igualdade é o alicerce de toda sociedade democrática comprometida com a justiça e os direitos humanos. Em praticamente todas as sociedades e em todas as esferas de atividade, a mulher está sujeita a desigualdades por lei e de fato. Essa situação é causada e agravada pela existência de discriminação na família, na comunidade e no local de trabalho. A discriminação contra a mulher se perpetua mediante a sobrevivência de estereótipos (do homem assim como da mulher), de culturas tradicionais e crenças prejudiciais às mulheres.

Vítimas durante um longo período histórico, o que restava às mulheres senão lutarem pelos seus direitos colocando a questão de gênero frente às suas reivindicações enquanto minoria social, a luta dos militantes dos Direitos Humanos em prol de legitimar um status de cidadania e de igualdade de direitos entre homens e mulheres, prevalecidos pelo princípio da igualdade.

O princípio da isonomia não pode ser entendido em sentido absoluto; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas.

3 - A HISTÓRIA DE MARIA DA PENHA:

No ano de 1983, Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica, com pós-graduação, sofreu uma tentativa de homicídio por seu então marido Marco Antonio Herredia Viveiros, um colombiano, Professor Universitário de Economia.

Ele atirou nas costas dela e a deixou paraplégica. Apesar de ter sido condenado pelos tribunais locais em dois julgamentos (1991 e 1996), Marco Antonio nunca havia sido preso e o processo ainda se encontrava em andamento devido aos sucessivos recursos de apelação contra as decisões do Tribunal do Júri. Em 1988, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, juntamente com Maria da Penha, enviaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), pela demora injustificada em não se dar uma decisão definitiva no processo.

O Brasil não respondeu ao caso perante a Comissão e em 2001, após 18 anos da prática do crime, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando várias medidas em relação ao caso concreto de Maria da Penha e às políticas públicas do Estado para enfrentar a violência doméstica contra as mulheres brasileiras.

No ano seguinte, por força da pressão internacional de audiências de seguimento do caso na Comissão Interamericana, o processo foi encerrado no âmbito nacional e em 2003 o ex-marido de Penha foi preso.

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher foi sancionada pelo Presidente Lula, dia 7 de agosto 2006, e receberá o nome de Lei Maria da Penha Maia. “Essa mulher renasceu das cinzas para se transformar em um símbolo da luta contra a violência doméstica no nosso país”, afirmou o presidente.

A Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres colocou à disposição um número de telefone para denunciar a violência doméstica e orientar o atendimento. O número é o 180, que recebe três mil ligações por dia.

3.1 - Dados estatísticos sobre a violência contra a mulher:

No Brasil, como de resto nas nações latino-americanas, a violência contra a mulher é comprovada, se não suficientemente pelas estatísticas apresentadas por ONGs e órgãos públicos, pela simples observação das atividades policiais e forenses onde a criminalidade intra-lares ocupa significativo espaço. Nas classes sociais mais desfavorecidas é resultado do baixo nível educacional, de uma lamentável tradição cultural, do desemprego, drogadição e alcoolismo e mesmo nas classes economicamente superiores, relaciona-se à maioria destes mesmos fatores.

Campos,⁴ afirma “o legislador dá evidente constatação de que, em nossa sociedade, a mulher ainda é, reiteradamente, oprimida, especialmente pelo homem, e que tal opressão é particularmente mais grave porque ocorre principalmente no ambiente doméstico e familiar, sendo, por isso mesmo, a gênese de outras desigualdades. E enquanto persistir esta situação de violência contra a mulher, o Brasil não será uma sociedade nem livre, nem igualitária e nem fraterna e, conseqüentemente, não se caracterizará como um Estado Democrático de Direito”.

A escolha do legislador igualmente pode ser creditada aos elevados índices de violência de gênero praticada nas relações íntimas no Brasil. Apesar de não existirem muitos estudos nacionais sobre o tema, pesquisa da Fundação Perseu Abramo (2004/05) revelou que uma em cada quatro mulheres brasileiras já foi alguma vez na vida espancada⁵. Pesquisa do Senado Federal (2007) chegou a resultados semelhantes. Na mesma linha, estudos sobre a lei

⁴ CAMPOS, Carmen Hein, Revista Brasileira de Ciências Criminais 73, p. 254.

⁵ Segundo a pesquisa “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 na vida. Considerando-se que 31% declaram que a última ocorrência foi no período dos 12 meses anteriores à pesquisa, chega-se ao escândalo de cerca de 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país, 175 mil/mês, 5800/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma cada 15 segundos”.

dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais revelaram que a violência doméstica constituía a maioria dos crimes que chegavam aos Juizados⁶.

Tem-se, pois, que a Lei 11.340/06 objetiva erradicar ou, ao menos, minimizar a violência doméstica e familiar contra a mulher, violência que, na acepção do art. 7º da referida lei, abrange formas outras que a *vis corporalis*. Ademais, o legislador pretende sejam utilizados diversos instrumentos legais para dar combate à violência contra a mulher, sendo o direito penal apenas um deles. Depreende-se disso que este diploma legal não se constitui em lei penal, mas uma lei com repercussão nas esferas administrativa, civil, penal e, inclusive, trabalhista. Elogiável a previsão da defesa judicial de direitos coletivos e difusos provenientes da referida lei contida no art. 37, legitimando-se, para tanto, o Ministério Público ou associação cujas finalidades guardem pertinência com o tema da violência doméstica e, nesse ponto, permitiu inclusive a dispensa da pré-constituição anual, quando se verificar a inexistência de outras associações ou entidades para representar os interesses transindividuais albergados na nova lei, que estão elencados no art. 3º da Lei Maria da Penha.

Dentre as formas de violência mais comuns destacam-se a agressão física mais branda, sob a forma de tapas e empurrões, sofrida por 20% das mulheres; a violência psíquica de xingamentos, com ofensa à conduta moral da mulher, vivida por 18%, e a ameaça através de coisas quebradas, roupas rasgadas, objetos atirados e outras formas indiretas de agressão, vivida por 15%.⁷

⁶ Violência Doméstica Contra a Mulher. Relatório Analítico. Brasília: Senado Federal, Dara Senado, 2007.

⁷ Fonte: (Agosto de 2006. Fontes: Radiobras/Agência Brasil, Agência Estado, SEPM, Cfemea).

4 - A VIOLÊNCIA NAS RELAÇÕES HOMO AFETIVAS (ENTRE MULHERES):

A complexidade aumenta, quando à reflexão sobre a questão da violência, se agregam as relações de gênero, um espaço que sofre, de forma particularmente acentua a mediação da violência. Muitos dos acontecimentos violentos que ocorrem no âmbito interpessoal são antecedidos por conflitos abrigados nos diferentes relacionamentos de gênero, que são relacionamentos que podem pôr em interação conflituosa não apenas homem e mulher, mas também mulher e mulher ou homem e homem.

Outro aspecto que convém salientar é que a Lei 11.340/06 refere-se exclusivamente à violência contra a mulher, estabelecendo um sujeito passivo próprio dessas formas de violência específica, mas não pré-determina nenhum sujeito ativo próprio, de modo que, não apenas o homem, mas também outra mulher pode ser sujeito ativo de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Curioso e certamente polêmico o que consta do art. 5º, parágrafo único, da Lei 11340/06, que estabelece que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Tal dispositivo está, indiretamente, legitimando as relações homo afetivas no ordenamento jurídico brasileiro. Parece sem sombra de dúvidas que, em casais homo afetivos compostos de duas mulheres, uma delas sofrendo violência doméstica por parte da outra, estaria protegida pela norma, pois deveria prevalecer o caráter biológico “independentemente da orientação sexual”, ou seja, mesmo que esta mulher tivesse assumido um papel masculino no funcionamento do casal. Nesse sentido, em relações homoeróticas entre mulheres, uma das parceiras pode ser autora de violência.

5 - INCONSTITUCIONALIDADE:

Com o surgimento da Lei 11340/06, a denominada lei da violência doméstica ou lei Maria da Penha, surge no cenário jurídico nacional, uma série de indagações acerca de diversos pontos inseridos no bojo da referida lei, e que hoje se encontra para apreciação no pleno do Supremo Tribunal Federal.

Desde sua promulgação, a Lei 11340 de 07.08.2006, que introduziu uma política integral para coibir à violência doméstica contra as mulheres, tem sofrido uma série de críticas oriundas da doutrina penal, de alguns setores da magistratura e criminólogos. Os argumentos contrários à lei vão desde críticas ao feminismo como co-responsável pelo expansionismo penal aos seus aspectos inovadores. Assim, argumentos de inconstitucionalidade por violar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, aumento desproporcional da pena e a não aplicação da lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) têm sido recorrentes entre os setores relutantes à aplicação da Lei Maria da penha.

Em todo o país, verificou-se uma série de reações à nova lei, tachada injustamente de inconstitucional, principalmente no ponto em que: a parte em que subtrai o réu ou acusado dos benefícios e procedimento da Lei 9099/95. Para o deslinde da questão, que envolve matéria constitucional, deve esta, necessariamente passar ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, através do ministro Marco Aurélio, indeferiu liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade⁸ (ADC) 19, em que o Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União (AGU), pede a confirmação da validade da Lei Maria da Penha (Lei 11340/06). Apesar do indeferimento da liminar, a Lei Maria da Penha continua valendo e sendo aplicada pelo Judiciário, pois esta decisão não declara a inconstitucionalidade da lei, apenas não suspende os processos em que ela não foi devidamente aplicada. A posição atual do Supremo Tribunal Federal, ou seja, até o julgamento da ADC 19, a Lei Maria da Penha continua valendo.

⁸ Visando por fim aos argumentos de inconstitucionalidade, a Advocacia Geral da União propôs em 19.12.2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19/2007) com pedido de medida cautelar para suspender todas as ações de inconstitucionalidade da Lei. No entanto a liminar não foi concedida pelo Ministro Aurélio. A ação deverá ser julgada agora, pelo STF.

Registre-se, que dentro do princípio constitucional de igualdade, existem atrações que implicam muitas vezes em discriminações e falta de igualação, visto que a própria constituição assevera em art. 5º, I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição. O Supremo Tribunal Federal, vem interpretando o princípio da igualdade entre homens e mulheres com aplicação ao princípio da proporcionalidade.

O problema do reconhecimento das distinções que ofendem ao princípio da isonomia, se biparte em dois elementos: o fator da desigualdade e a correlação entre o fator exigido em critério de discriminação, e a disparidade do tratamento que se resume em uma frase. Quando é possível a lei desigualar situações?

Segundo, Canotilho⁹ “o princípio de igualdade é violado, quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária, ou seja, quando estabelece diferenciação jurídica sem um fundamento razoável, o termo discriminação apresenta uma nota pejorativa, que viola a igualdade de tratamento, vez que a distinção carece de uma justificação objetiva e razoável”.

Registre-se ainda, que o direito de preferência processual, previsto no art. 33§ único da Lei 11.340/06, tem idêntica disposição no art. 71 da Lei 10.741/03(Estatuto do Idoso), bem como no art 4º § único da Lei 8.069/90(Estatuto da Criança e do Adolescente), não tendo com o devido respeito, razão aqueles que enxergam no citado dispositivo, inconstitucionalidade, pois o direito de preferência, deveria ser do réu preso.

5.1 – Princípio da Igualdade X Lei Maria da Penha:

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro adotou a doutrina dos aspectos formal e material da isonomia. Segundo o aspecto formal, a mesma lei deve ser aplicada a todos, sem distinção. Contudo, o caráter meramente formal da igualdade provou-se historicamente insuficiente, na medida em que conferiu ao legislador o poder de definir

⁹ CANOTILHO, J. Gomes, Direito Constitucional, p 1577.

arbitrariamente o conteúdo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais praticamente se confundiam com o princípio da legalidade, na medida em que somente existiam se a lei (infraconstitucional) definisse seus contornos.

Infelizmente, esse erro tem seduzido alguns operadores do direito que, sem qualquer critério, consideraram a Lei Maria da Penha inconstitucional, alegando que ela ofende o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Tal argumento, simplista ao extremo, apresenta forte déficit teórico, pois não considera a doutrina das ações afirmativas que, há mais de quatro décadas, busca transformar a igualdade ficcional preconizada nas Constituições modernas em igualdade real, através de discriminações positivas que diminuam as assimetrias sociais.

Ademais, desconsidera, ou desconhece, os estudos sobre discriminação de gênero e tradição patriarcal, que naturalizaram a violência familiar. Na verdade, esse tipo de argumento tem por base exatamente o entendimento tradicional - arraigado na sociedade brasileira, que não admite poder ser um marido investigado ou punido apenas por espancar a "própria" mulher.

É conveniente frisar, ainda, que não devem ser analisadas as "condições" das mulheres em si. Estas são completamente iguais aos homens, não apenas por determinação legal, mas por direito natural. Não são mais aceitáveis investigações sobre características "biológicas", que muitas vezes são usadas apenas para discriminar seres humanos, estabelecendo-se hierarquias sociais.

Por isso, a Lei diz, expressamente, que são relevantes as "condições", a situação, das mulheres submetidas à violência. A "condição peculiar", termo utilizado, "se refere à vulnerabilidade feminina à violência doméstica, agravada pelos conceitos estereotipados sobre o papel do homem e da mulher, que julgam normal o uso da violência para o controle social, familiar e sexual". Assim, não devem ser analisadas as pessoas, mas os fatos!

É importante fazer esse alerta para evitar argumentos que defendam a visão de que as mulheres foram consideradas incapazes ou inferiores pela nova Lei. Esta não é, em absoluto, a questão. Busca-se exatamente o oposto, ou seja, enfrentar a tradição patriarcal, que, ao rotular as mulheres de forma discriminatória, instituiu a violência para manter a autoridade "natural" do "chefe do lar", exercida pelo gênero masculino.

O importante que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos", conforme preconiza o art. 6º da Lei, fato que impõe uma interpretação segundo os instrumentos internacionais que regulam a matéria.

Almeida, já notará imprecisão conceitual da expressão violência doméstica por esta se referir ao lugar (doméstico ou familiar) onde ela é cometida e não à violência propriamente dita. Ainda segundo a autora, a expressão violência doméstica não distinguiria autores e vítimas, e incluiria mulheres, crianças e idosos.

A discriminação penal também atua em relação à proteção do agente passivo, tal qual fazem o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso ao preverem proteção especial, ao utilizar o critério discriminador da idade. Da mesma forma, o Código penal discrimina em relação ao sujeito passivo que sofre a ofensa, agravando a pena quando o crime é cometido contra pessoa enferma ou funcionário público. Quanto a criança e ao adolescente não há discussão sobre sua condição de vulnerabilidade enquanto sujeitos passivos, em face de sua menor capacidade de defesa frente a possíveis agressões cometidas tanto por parte do Estado por parte dos indivíduos. Igualmente, parece não haver controvérsia na proteção do idoso. Cite-se, ainda, que o critério de idade também age como atenuante da pena e redutor do prazo de prescrição. Portanto discriminar parece não ser problema na perspectiva penal e político-criminal.

Podemos então concluir que a discriminação quanto ao sexo, na ótica de proteção especial às mulheres, também se justifica na perspectiva político-criminal.

Conclui-se que a Lei 11340/06 não viola o princípio da isonomia e da não-discriminação por que: a) elegem um grupo de pessoas – as mulheres enquanto categoria – e não uma pessoa individualmente; b) funda-se em fatos concretos pois a violência doméstica (fator diferenciador) é dirigida, majoritariamente, contra as mulheres e atua como obstáculo ao exercício pleno de cidadania; c) proteção específica, que proporciona tratamento penal diferenciado às mulheres (norma discriminatória) guarda relação concreta e lógica com o discriminen (são mulheres que sofrem com a violência doméstica (ou no espaço doméstico) e não os homens; d) a tutela das mulheres, valores supremos do ordenamento jurídico nacional, expresso no dever do Estado de proteger as mulheres contra a forma de violência (art.226, § 8º, da CF/88).

6 – A DESISTÊNCIA DA MULHER À AÇÃO E FORMAS DE REPRESENTAÇÃO:

Afirma-se que o legislador quis afastar dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher as medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais Criminais, tidas como insuficientes para o enfrentamento da criminalidade doméstica, eleita como uma das mais brandas. Partindo-se desse pressuposto, é preciso convir que, embora a Lei 9.099/95 seja uma lei específica sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em cujo âmbito estão previstas medidas despenalizadoras como a transação penal e a suspensão condicional do processo, a verdade é que a exigência de representação também é uma medida despenalizadora clássica, compartilhando deste modo da mesma natureza que as demais ali estabelecidas, na medida em que constitui obstáculo evidente ao direito de punir estatal. E quando estabelecida essa exigência pela Lei 9.099/95 houve quem se preocupasse com seu efeito despenalizador especialmente no âmbito das relações domésticas, onde a pressão pela renúncia ou desistência da representação se faria mais evidente.

Frise-se, por oportuno, nem se poder afirmar que a exigência de representação em crimes de lesões corporais seja da tradição do nosso direito. Ao contrário, tal condição de procedibilidade só foi incluída no sistema jurídico pela Lei 9.099/95. Antes disso, a manifestação da vítima no sentido de que não tinha interesse em que prosseguisse o feito, uma vez que o casal havia se reconciliado, que o fato foi isolado, que o agressor havia feito tratamento contra o alcoolismo, podia ser relevada para os efeitos de arquivar-se o IP ou absolver-se o acusado, invocando-se razões de “boa política criminal” ou ausência de justa causa, fundamentos de ordem pragmática que bem podem significar burla ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Em 1995, talvez para fazer respeitar este princípio e, simultaneamente, contribuir para a desburocratização do sistema, esta praxis acabou sendo legitimada pelo legislador na regra do art. 88 da Lei 9.099/95, que transforma o crime de lesões corporais em delito de ação penal pública condicionada. É possível que agora o legislador tenha reavaliado esta questão, concluindo que não foi de boa política criminal deixar fragilizadas vítimas, a possibilidade de representar ou não em delito que causa tantos prejuízos à coletividade, pois, na base da violência doméstica estão todas as outras formas de violência.

Outra possibilidade procura justificar-se a regra geral do art. 41 da Lei 11.340/06, que determina o afastamento da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, com as normas específicas do art. 12, I, da mesma lei, em cujo texto consta que, lavrado o boletim de ocorrência, a autoridade policial deverá “ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada”.

Também no art. 16 estabelece que “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida renúncia à representação perante o Juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”. Por fim, o art. 17 da Lei Maria da Penha também contribui com a tese ora apresentada ao assentar ser “vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Assim é que, em uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 11.340/06, antes citados, poder-se-ia concluir que o afastamento da Lei 9.099/95 é determinação genérica, relativa, precipuamente, aos institutos despenalizadores alheios à autonomia volitiva da vítima – a transação e a suspensão condicional do processo – ordinariamente vistos como institutos essencialmente despenalizadores e, como reiteradamente aplicados de forma benevolente, granjearam a má fama de serem benefícios causadores da impunidade.

Entretanto, a representação continua exigível nos crimes de lesões corporais mesmo ante a qualificadora do § 9º do art. 129 do CP, visto que, apesar de ser também uma medida despenalizadora, ela concorre em favor da vítima, outorgando-lhe o poder de decidir acerca da instauração do processo contra o acusado. E o legislador cercou esta decisão de garantias como a exigência de que a desistência ocorra em presença do juiz e seja ouvido o Ministério Público.

Ademais, o direito de decidir sobre representar ou não pressupõe a possibilidade de conciliação civil, o que, seguramente, atende a interesses da vítima, nem sempre sediados na exclusiva punição criminal do seu agressor, mas, fundamentalmente atrelados ao interesse reparatório dos danos sofridos, inclusive aqueles de caráter moral que, segundo afirma a doutrina da responsabilidade civil extra material, têm evidente caráter punitivo e pode importar em severa punição ao agressor.

Outros sim, o art. 17 da nova Lei manifesta a preocupação do legislador com punições insuficientes nos crimes em questão. Ao proibir a aplicação de “cestas básicas” e outras de prestação pecuniária ou multa isolada, o legislador está se dirigindo tanto ao Ministério

Público, limitando as hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP). Todavia, poder-se-ia argüir que a redação desse dispositivo em consonância com o anterior revela que a intenção fundamental do legislador não era afastar a exigibilidade de representação e sim evitar, doravante, a aplicação de penas pecuniárias em caso de delitos praticados com violência contra a mulher.

O entendimento ora adotado está sujeito ao amplo debate que novos aportes argumentativos possam desencadear, todavia, em princípio, ao menos, parece mais lógico deduzir que o legislador realmente não pretenda, com a redação do art. 41 da Lei 11.340/06, tornar o delito de lesões leves (mesmo quando presente a qualificadora do § 9º) novamente um crime de ação penal pública incondicionada, pois tal conclusão melhor harmoniza a nova lei, tanto internamente, conciliando seus próprios dispositivos que parecem privilegiar a representação da vítima, quanto externamente, conectando as novas regras com todo o sistema jurídico penal preexistente. Ademais, assim se atende de modo mais proveitoso aos seus próprios objetivos de prevenção da violência contra a mulher.

Tal protagonismo da vítima ganha mais realce nas pequenas e médias infrações, nas quais pode o Estado, mais justificadamente, abrir mão de parte de seu poder decisório e punitivo em favor de quem foi vitimado diretamente pelo delito. Em tais formas delitivas mais brandas, o interesse privado da vítima prevalece sobre o interesse público do Estado em exercer seu *jus puniendi*. Estas infrações menores, na lição de Gomes:

... fazem parte do âmbito de 'consenso', o que significa dizer que autorizam uma solução conciliatória para o conflito, bem diferente da tradicional, que exigia sempre inquérito policial, denúncia (obrigatória), processo, provas, contraditório, sentença, etc. Foi fundamental para esse giro político-criminal estrondoso, o reconhecimento da insuficiência (ou mesmo falência) do sistema penal clássico (assim como do modelo penal clássico de Justiça Criminal), que não reúne condições para fazer frente, com sua atual estrutura e organização, a todas as infrações. Acabou a crença no *full enforcement*¹⁰.

Destarte, embora pareça irrecusável que, em muitos casos, a mulher vítima de violência doméstica sofrerá pressão para desistir da representação oferecida e que, dependendo de sua condição econômica ou social esta pressão poderá exercer acentuada

¹⁰ Gomes, Luiz Flavio - Criminologia. p. 479

influência em sua decisão, não é menos certo asseverar que a Lei 11.340/06 também visa minimizar ou eliminar por completo esta constelação de fatores perversos que lhe diminuem a liberdade de escolha, criando condições propícias para uma decisão mais livre por parte da vítima, e o faz ao estabelecer importantes medidas protetivas que obrigam o agressor (arts. 22 e 23) e que beneficiam diretamente a ofendida (art. 24), além das garantias de transferência no serviço público e manutenção do vínculo empregatício (art. 9º, § 2º, I e II).

Ademais, sem sombra de dúvidas, se a exigência de representação é de fato uma medida despenalizadora, não menos certo é que deixar esta decisão no poder da vítima, que pode então utilizá-la como instrumento de barganha para uma justa reparação de danos civis, atende a dois objetivos: punir o sujeito ativo e beneficiar direta e imediatamente a própria vítima.

Com efeito, é importante lembrar que o poder de representar pressupõe o de conciliar, de sorte que, mantida a representação, mantém-se também a conciliação e, nesse caso, o poder de barganha da vítima é fortalecido pela inexistência de outras medidas despenalizadoras posteriores, ou seja, ou o agressor aceita as condições do acordo proposto pela vítima, ou terá de submeter-se de vez ao processo criminal, sem direito à transação ou suspensão condicional do processo que lhe poderiam ser mais benéficas que a própria compensação dos danos civis. Deste modo, somente com excluir outros benefícios despenalizadores, o legislador incrementou a severidade legal em crimes de menor ou médio potencial ofensivo praticados contra a mulher, ainda que mantendo a exigência de representação.

É certo que a indenização não se constitui propriamente em uma sanção penal, tanto que a obrigação de reparar o dano, conseqüente à sentença penal condenatória, é efeito extra penal da condenação (art. 91, I, do CP). Todavia, é certo que a agilidade com que se pode alcançar o ressarcimento, já antes da lide penal, constitui-se em benefício direto à vítima. Ademais, podendo a vítima estipular danos morais, dentro de critérios de razoabilidade, estes assumem uma função punitiva, visto ser este um de seus principais fundamentos: amenizar a dor provocada pelo ato ilícito, mediante o pagamento de parcela pecuniária suplementar aos danos materiais.

Cumprindo salientar, ainda, que conceder à vítima a possibilidade de decidir acerca de condição de procedibilidade do processo penal, arma-a de poderoso instrumento de persuasão contra aqueles agressores que ocultam patrimônio capaz de garantir dívidas. A pressão decorrente da ameaça de ação penal é mais eficaz que o mero risco de constrição patrimonial no seio do processo de execução. Mas este poder da vítima, também não será absoluto, cumprindo ao Ministério Público, quando da *opinio delicti*, coibir eventuais abusos,

desclassificando infrações penais ou postulando o arquivamento quando inexistentes as condições da ação penal.

Assim, em se conservando a exigência de representação e, conseqüentemente, a oportunidade de conciliação, esta inclusive com possibilidade de reparação dos danos, não se está neutralizando a vítima no processo penal, ao contrário, é ela valorizada e soerguida à condição de protagonista relevante, que pode beneficiar-se direta e imediatamente da possibilidade de decidir acerca do prosseguimento da ação penal.

Por tais razões, tem-se que a exigência de representação nos casos do art. 129, § 9º, do CP contra a mulher deve ser mantida, pois tal conclusão atende a uma interpretação sistemática da nova lei, harmonizando-a com o sistema e corresponde melhor ao tê-los da norma legal, pois, a Lei Maria da Penha pretende reforçar o protagonismo da vítima mulher na punição do seu agressor.

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.

A disposição causou perplexidade e diferentes interpretações entre juristas. Alguns alegaram que o dispositivo é inócuo, pois o juiz não pode negar a renúncia feita pela vítima. Outros afirmaram que o legislador instituiu a necessidade da ratificação judicial de toda representação feita na polícia, sugerindo que o Ministério Público não pode agir enquanto a vítima não confirmar sua vontade na presença do juiz. Outros interpretaram, ainda, que a norma manteve o crime de lesão corporal qualificado pela violência doméstica (art. 129, § 9º, CP) no rol das infrações de ação penal pública condicionada à representação. Alegou-se até que o artigo estabeleceu injustificada "super-proteção à mulher".

Concluiremos que a norma possibilita o controle social da violência, nos crimes de ação penal condicionada à representação, prescindindo até do processo e da sanção penal. Se bem interpretado e aplicado, o dispositivo poderá ser um dos mais eficazes e inovadores mecanismos de enfrentamento da violência doméstica.

Os crimes de ação penal pública condicionada deve ser interpretado de acordo com normas superiores, mormente nos complexos e delicados casos envolvendo violência familiar. O direito à intimidade e a autonomia de vontade das vítimas deve ser analisado sob o critério da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de sobrepujar o direito à vida e à integridade corporal. Nesse esforço interpretativo, deverá sobressair o direito que melhor garanta a dignidade humana.

O art. 16 da Lei Maria da Penha, ora comentado, infelizmente, não foi mantido um capítulo específico para tratar da representação. A questão, por sua importância, merecia um esclarecimento exaustivo em capítulo próprio. A crise do sistema de enfrentamento da violência doméstica está ligada diretamente à exigência de "autorização" das vítimas, condição alegada no mundo inteiro como pretexto para garantir a impunidade. O estabelecimento de princípios e normas específicas sobre a matéria é a diferença entre enfrentar a violência ou tolerá-la.

É conveniente assinalar, porém, que, mantida a representação no crime de ameaça, é corolário lógico que a conciliação permanece possível, mesmo afastada a incidência da Lei 9.099/95, pois conciliação e representação são institutos inter-relacionados, ou seja, a decisão sobre representar ou não sempre pode estar condicionada a algum tipo de conciliação, ainda que esta envolva a reparação de danos civis. Assim, uma vez que a nova lei previu a necessidade de uma autêntica audiência preliminar no Juízo Criminal como único momento em que possível renunciar à representação, nesta solenidade se oportunizará a possibilidade de acordo entre as partes, vedada apenas a transação, caso inexistente a conciliação.

Ademais, instaurado o processo pelas ameaças, este *prima facie* não ficará sujeito ao *sursis* processual, o que é um retrocesso, visto que a suspensão condicional do processo, longe de fomentar a impunidade, é uma antecipação da pena final, com propósitos de agilização e desburocratização da justiça. O tema é, contudo, polêmico, e, a princípio, parece prevalecer como mais lógica a afirmação de que a suspensão condicional do processo está inviabilizada em qualquer crime praticado em situação de violência contra a mulher em face da regra do art. 41 da Lei 11.340/06. Na prática, é certo que esta regra será mal recebida no âmbito do Poder Judiciário, pois a suspensão condicional do processo é um instituto que aliviou o sistema do excesso de processos nas varas criminais. Além disso, tem ele caráter sancionatório, significando uma antecipação pragmática da suspensão condicional da pena. O que competia, com mais acerto ao legislador, era impor condições mais severas na suspensão condicional do processo, como a obrigação de prestar serviços à comunidade no primeiro ano da suspensão, a obrigação de comprovar o pagamento de pensão alimentícia durante a suspensão, de se afastar da casa da vítima e, inclusive, a proibição de ser beneficiado novamente com esta medida despenalizadora no prazo de cinco anos. Se tais soluções vierem a ser adotadas no cotidiano dos foros, talvez seja possível salvar, em primeiro grau, o instituto da suspensão condicional do processo da ameaça extintiva que a nova lei lhe lança em face.

Outro impacto interessante da nova lei será que, em todos os delitos antes sujeitos à apuração policial por termo circunstanciado, agora, afastada a incidência da Lei 9.099/95, tal

apuração deverá dar-se pela via tradicional do inquérito. Sem dúvida esta mudança será impactante sobre a atividade da Polícia Judiciária, já acostumada, há mais de dez anos ao sumário termo circunstanciado. Deste modo, a escolha legislativa, longe de alentar a punição de pequenos crimes contra a mulher, acabará por estimular sua impunidade, pois nem a Polícia, nem a Justiça dispõem de meios para instaurar tantos inquéritos e processos. Com efeito, que antes de entrar em vigor a Lei 9.099/95 era bem menor o número de inquéritos por ameaça do que por lesões corporais? Corretamente, incapaz de concluir cem por cento dos registros, a Polícia estabelecia como prioritária a apuração do delito mais grave de lesões corporais. Então, com a vigência da Lei 9.099/95 e a simplificação dos procedimentos, as ameaças assumiram estatisticamente o primeiro lugar, deixando para trás as lesões corporais. Agora, certamente, este delito menor voltará a integrar a cifra oculta da criminalidade, ante a impossibilidade virtual e, possivelmente óbvia, de, em face da reburocratização da *persecutio criminis*, judicializá-lo plenamente.

Assim, é que a opção legislativa da Lei 11.340/06 de afastar *in totum* a aplicação da Lei dos Juizados Especiais não parece correta frente aos seus declarados objetivos, pois, enquanto aplicável, esta lei favorecia a repressão destes delitos de menor potencial ofensivo contra a mulher, mediante instrumentos e princípios simplificadores da *persecutio criminis*, que facilitavam o acesso à justiça de demandas neles baseadas. Agora, retomados os instrumentos tradicionais mais burocráticos do inquérito e do processo criminal comum, as deficiências institucionais, defluentes das carências estruturais do Sistema de Justiça, levarão fatalmente a uma diminuição da ação punitiva em tais casos.

Ação penal decorrente de lesões corporais leves continuará a depender de representação, porém seu autor não fará jus a qualquer outro benefício da Lei 9.099/95. Sustenta-se aqui persistir a condição de procedibilidade do art. 88 da Lei 9.099/95, em razão de uma interpretação sistemática da Lei 11.340/06 permitir tal conclusão. Em relação ao crime de ameaça (art. 147 do Código Penal) persiste a representação e, por isso mesmo, há sempre possibilidade de conciliação, mas estão afastados os benefícios da transação penal e suspensão condicional do processo. Já no tocante às vias de fato, por se tratar de contravenção, não está afastada a Lei 9.099/95.

7 - OS ASPECTOS CRIMINAIS DA NOVA LEGISLAÇÃO, CONFRONTANDO-O COM A LEI 9.099/95, O CÓDIGO PENAL E O DE PROCESSO PENAL.

Lei Maria da Penha alterou o tratamento legal dado aos crimes de violência doméstica e familiar cometidos contra a mulher. Antes da sanção da lei, as agressões físicas ou psicológicas contra a mulher eram considerados crimes leves e tratados por juizados especiais. Agora, esses delitos são caracterizados como pesados e encaminhados a juizados criminais.

Além das hipóteses do art. 129, § 9º, do CP contra a mulher, a regra do art. 16 da Lei 11.340/06 estará em vigor para outros crimes que deverão sofrer conseqüências oriundas do impacto da nova lei sobre o precedente ordenamento penal. É o caso do delito de ameaça em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, cuja pena não é alterada, mas que, agora se transfere da competência dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) para os juizados comuns, muito embora persista a exigência de representação, posto que sediada em parágrafo único do art. 147 do CP, afastados, porém, todos os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95.

O conceito de violência doméstica e familiar adotado pela Lei Maria da Penha é tão amplo que contempla não apenas a clássica *vis corporalis*, como também as formas de *vis compulsiva*. É preciso convir, todavia, que ao especializar tipos penais preexistentes com a característica complementar da violência doméstica ou familiar, o legislador quase exclusivamente atinge os delitos de menor e médio potencial ofensivo sujeitos à Lei 9.099/95. Em relação a crimes de maior potencial ofensivo ou hediondos as alterações operadas são menores, reduzindo-se à incidência de uma agravante genérica (art. 43) e à possibilidade, agora prevista em lei, de medidas protetivas a serem determinadas pelo Juiz Criminal (arts. 22 a 24), mediante pedido da ofendida, instrumentado pela polícia, ou requerimento do Ministério Público.

Com o surgimento da Lei 11340/06, a denominada lei da violência domestica ou lei Maria da Penha, surge no cenário jurídico nacional, uma série de indagações acerca de diversos pontos inseridos no bojo da referida lei, e que hoje se encontra para apreciação no pleno do Supremo Tribunal Federal.

A lei prevê uma série de medidas profiláticas, denominadas doutrinariamente de “medidas afirmativas”, tais como as medidas protetivas de urgência (art.18), a proibição da “pena de cesta básica” ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17), o direito de preferência nas varas criminais (art.33§único) e o emblemático art. 41, que veda a aplicação da lei 9099/95, entre outras disposições inovadoras.

Em todo o país, verificou-se uma série de reações à nova lei, tachada injustamente de inconstitucional, principalmente em seu ponto nodal: a parte em que subtrai o réu ou acusado dos benefícios e procedimento da Lei 9099/95.

A Lei 11.340/06 não cria novos tipos penais, mas traz em si dispositivos complementares de tipos pré-estabelecidos, com caráter especializante, em referência aos quais exclui benefícios despenalizadores (art. 41), altera penas (art. 44), estabelece nova majorante (art. 44) e agravante (art. 43), com novas possibilidades de prisão preventiva (arts. 20 e 42), etc. A partir de sua vigência, haverá, por exemplo, versões especiais de lesões corporais leves praticadas em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, do mesmo modo, ameaças, constrangimento ilegal, crime de periclitación da vida e da saúde, exercício arbitrário das próprias razões, dano, crimes contra a honra, todos em situações específicas que, como se sabe, prevalecem sobre as formas gerais.

Os dispositivos especializantes são os dos art. 5º e 7º da Lei 11.340/06, que, em conceituando as diversas formas de violência doméstica, farão incidir seus efeitos sobre tipos penais genéricos do Código Penal, operando complementações particularizantes. A configuração da violência doméstica e familiar, todavia não prescinde da presença simultânea e cumulativa de qualquer dos requisitos do art. 7º em combinação com algum dos pressupostos do art. 5º da mencionada lei. Assim, somente será violência doméstica ou familiar contra a mulher aquela que constitua alguma das formas dos incisos do art. 7º, cometida em alguma das situações do art. 5º.

Agora, a Lei 11.340/06 manteve integralmente o texto da lei anterior, apenas ampliando a pena máxima para três anos e reduzindo a mínima para três meses. Ou seja, se a pena anterior para a lesão corporal praticada em situação de violência doméstica era de 06 meses a 01 ano, a partir da nova lei passará a ser de 03 meses a 03 anos. Aqui já se entrevê a primeira crítica que se pode tecer à Lei Maria da Penha, pois qual a baliza da discricionariedade punitiva mais importante para a dosimetria da pena: a mínima ou a máxima? Obviamente que a mínima, de sorte que, se aparentemente o legislador aumentou a severidade penal incidente sobre a conduta ao ampliar a pena máxima de um para três anos

como vem sendo propalado, a verdade é que ele reduziu esta severidade na mesma medida em que diminuiu por metade a pena mínima de seis para três meses.

Isto é particularmente verdadeiro, quando consabido que a redução do parâmetro inferior do apenamento é mais importante que o seu incremento no tocante ao marco superior, porque desde que se repete acriticamente que a dosimetria judicial da pena deve sempre partir do limite penal mínimo e que, a cada circunstância judicial desfavorável, o juiz só pode aumentar timidamente a pena mínima, isto se tornou uma verdade absoluta que ninguém ousa jamais invectivar sob pena de ser excluído da comunidade dos conhecedores do Direito.

É verdade que, ao fixar em três anos o limite superior das lesões leves praticadas em situação de violência doméstica, o legislador excluiu esta modalidade típica da categoria dos delitos de pequenos potencial ofensivo e, portanto, afastou a aplicação das medidas ditas despenalizadoras da Lei 9.099/95. Tal opção, como se verá, veio na contramão das tendências mais modernas do Direito Penal e não se pode afirmar que irá traduzir-se em maior severidade ou eficácia punitiva.

Vale frisar outro aspecto curioso da Lei 11.340/06: a contradição entre seus dispositivos iniciais, que, a toda evidência, configuram como sujeito passivo da proteção legal, exclusivamente, a mulher, enquanto o § 9º do art. 129 do Código Penal, recepcionado expressamente, no art. 44 da nova Lei, não faz distinção entre homens e mulheres. Assim, para efeitos deste dispositivo legal importa a violência praticada no ambiente doméstico contra homens e mulheres, adultos e crianças.

Futuramente, este paradoxo poderá levantar a tese de que, como os objetivos da nova lei são exclusivamente a proteção da mulher, o dispositivo do § 9º, ora em comento, deve ser restrito ao sujeito passivo feminino. Não é, todavia, esta a solução correta, primeiro, porque ela contradiz o texto expresso da lei e, destarte, refoge a uma interpretação literal do dispositivo, sempre recomendada em termos de tipicidade penal.

Trata-se de uma opção do legislador que, aparentemente, caracteriza-se como desprestígio à Lei 9.099/95 e aos Juizados Especiais Criminais, instalados que foram na esperança de agilização e facilitação do acesso à justiça e agora tidos como insuficientes à repressão dos delitos praticados em situação de violência contra a mulher.

Esta solução merece crítica, pois o fato de os juizados colimarem o consenso e aplicarem normalmente penas alternativas não significa serem eles tribunais tolerantes ou ineptos, bastaria estabelecer regras a serem aplicadas em seu âmbito, impondo, por exemplo, determinadas penas mais severas em caso de violência doméstica e se alcançaria suficiente aumento da severidade sem o risco de desmontar um sistema recém criado cujo

aperfeiçoamento pleno ainda sequer havia sido alcançado, prenunciando agora outras novidades, como os juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher, cuja instalação somente se afigura viável em grandes centros, onde a demanda justifique tais unidades judiciárias especializadas.

Contudo, apesar das críticas, fato concreto é que o legislador afastou a Lei 9.099/95 no caso de violência doméstica contra a mulher, conforme dicção expressa do art. 41 da Lei 11.340/06, donde se concluir que, nas demais hipóteses de violência doméstica (contra crianças e idosos, especialmente, os do sexo masculino), previstas no § 9º do art. 129 do Código Penal, a referida Lei 9.099/95, segue, em parte, incidente.

Diz-se “em parte”, porque, a transação penal está afastada de qualquer modo neste tipo de lesão leve com violência doméstica ou familiar, como corolário da ampliação do teto penal para três anos o que descaracteriza a infração penal como de menor potencial ofensivo, todavia, resta ainda possível a exigência de representação, conciliação civil e a possibilidade de suspensão condicional do processo, que seguem incidentes nos restantes casos em que a violência doméstica não é específica contra a mulher, pois seus pressupostos são outros que não o limite superior da pena em dois anos¹¹.

Assume-se aqui esta conclusão, pois, na medida em que o afastamento da Lei 9.099/95 foi determinado apenas quanto aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, as demais formas de violência persistem sujeitas às regras anteriores. Deste modo, no caso de lesões corporais leves contra outros sujeitos passivos, ainda que praticadas nas hipóteses de violência doméstica do art. 129, § 9º, do CP, continua a exigência de representação do art. 88 da Lei 9.099/95 e, como corolário lógico, a possibilidade de conciliação precedente à decisão sobre representar ou não. Da mesma forma, segue possível, em tais casos, a suspensão condicional do processo do art. 89 da referida Lei, pois pressupõe que pena mínima não seja superior a um ano, nada referindo em relação ao limite máximo.

Assim, é que a opção legislativa da Lei 11.340/06 de afastar *in totum* a aplicação da Lei dos Juizados Especiais não parece correta frente aos seus declarados objetivos, pois, enquanto aplicável, esta lei favorecia a repressão destes delitos de menor potencial ofensivo contra a mulher, mediante instrumentos e princípios simplificadores da *persecutio criminis*, que facilitavam o acesso à justiça de demandas neles baseadas. Agora, retomados os instrumentos tradicionais mais burocráticos do inquérito e do processo criminal comum, as

¹¹ Campos, Carmen Hein, Revista Brasileira de Ciências Criminais, p.1145.

deficiências institucionais, defluentes das carências estruturais do Sistema de Justiça, levarão fatalmente a uma diminuição da ação punitiva em tais casos.

Outra importante forma delitiva que costuma apresentar-se nos Juizados Especiais Criminais é a contravenção penal de vias de fato, que, em face da nova legislação, mesmo quando praticada contra mulher em situação de violência doméstica ou familiar permanece sujeita a todo o regramento da Lei 9.099/95, isto porque, o art. 41 da Lei 11.340/06, afasta a aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 apenas aos crimes praticados contra a mulher, nada referindo com relação às contravenções e não se poderia estender a vedação ao *delito anão* sem que com isso se laborasse em interdita analogia.

Isto é simples de resolver; complexo, contudo, é se saber como ficará a questão da representação em contravenções de vias de fato, uma vez que esta condição vinha sendo imposta como decorrência da analogia *in bonam partem* com o delito de lesões leves. Sustentando-se aqui que a exigência de representação nos delitos de lesões leves deverá ser mantido, é consectário lógico que, quanto a vias de fato, o mesmo ocorrerá.

De qualquer forma, mesmo frente a entendimento contrário, seria possível evitar a ação penal sempre que a vítima assim expressamente o postulasse, com argumentos de ordem princípio e lógica, como, por exemplo, a inarredável conclusão de que a inserção da Lei 9.099/95 no ordenamento jurídico mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, permitindo avaliações de conveniência e oportunidade, de modo que, havendo afirmação textual da vítima no sentido de não ter interesse no prosseguimento do feito, tratando-se de mera contravenção penal, é razoável arquivar-se o termo circunstanciado por razões de política criminal e ausência de justa causa para a ação penal.

Agora, afastada a Lei 9.099/95, a vítima de crime contra a honra terá de contar com a boa vontade da polícia judiciária, já assoberbada de trabalho, para a realização de um inquérito policial a ser concluído antes do prazo decadencial e, depois, dispondo do inquérito, procurar serviço de assistência judiciária gratuita com disponibilidade para a propositura da queixa-crime em tempo hábil. Não é preciso grande esforço para concluir que a nova lei jogou esta cifra delitiva para debaixo do tapete, inviabilizando, por completo, em face da atual realidade estrutural, o acesso à justiça destas espécies típicas.

No seu art. 14, a Lei Maria da Penha, estabelece que poderão ser criados Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, com competência cível e criminal, aos quais se possibilitará funcionar no horário noturno, como meio de facilitar o acesso à Justiça

Entretanto, a criação de Juizados da Violência Doméstica e Familiar somente será viável em comarcas cuja demanda a justifique, nas demais, a matéria deverá ficar na alçada dos juizados comuns, visto que, em pequenas e médias comarcas, nem mesmo os Juizados Especiais Criminais ainda foram estabelecidos. O problema é que há aspectos da lei relacionados a decisões cíveis, trabalhistas e criminais, sendo lícito questionar como ficará a determinação da competência para os atos processuais decorrentes da nova lei?

O art. 33 da Lei 11.340/06 que trata das disposições transitórias parece resolver a questão, quando estabelece que “enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual vigente”.

Assim, na esteira de uma tendência inaugurada pela própria Lei 9.099/95, o legislador, novamente, conectou a Justiça Civil e a Criminal, agora sob clara determinação de prevalência desta última. Quais seriam, porém, as medidas cíveis determinadas na nova lei? São medidas cautelares, destinadas à preservação da integridade física, da liberdade de ir e vir, da guarda dos filhos e do patrimônio da mulher ofendida. Assim, o legislador distinguiu as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22) das medidas protetivas de urgência à ofendida (arts. 23 e 24).

Estas medidas podem ser determinadas pelo juízo criminal, atendendo aos mesmos pressupostos das medidas cautelares do processo civil, ou seja, podem ser deferidas *inaudita altera pars* ou após audiência de justificação e não prescindem da prova do *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Cumprе mencionar ainda as garantias do art. 9º, § 2º, I e II da Lei Maria da Penha que asseguram prioridade de remoção quando se tratar de mulher funcionária pública ou manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses, sempre que tais providências se fizerem necessárias para preservar a integridade física e moral de mulher, vítima de violência doméstica ou familiar.

Quanto à garantia da transferência de empregada pública é fácil concluir que tal garantia deverá ser, desde logo, aplicada pela administração pública, podendo ser determinada em juízo, especialmente, em sede de mandado de segurança, nada impedindo que o próprio juízo criminal o ordene, com fulcro no art 33 da Lei 11.340/06, mas, obviamente, quando se tratar de funcionária municipal ou estadual, a transferência somente será possível no âmbito territorial da correlata unidade federativa.

Mais problemática será a questão alusiva à manutenção do vínculo empregatício que, por certo, dará infindáveis discussões. Acredita-se, entretanto, somente competir ao juízo criminal reconhecer que uma trabalhadora se enquadra na situação descrita na referida Lei, visto tratar-se de um litígio totalmente estranho à relação de emprego: a identificação do caso de violência doméstica. Portanto, evidenciada essa situação, caberia ao juiz criminal comunicar o empregador de sua decisão, garantindo o vínculo empregatício. Caso o empresário não cumpra, e promova a rescisão do contrato de trabalho, aí sim surgiria a lide trabalhista.

Outra questão a ser levantada será se durante o período de afastamento do local de trabalho, à garantia de manutenção do vínculo empregatício corresponde a permanência da percepção de salários. Para resolver este dilema, deve-se investigar a natureza jurídica da paralisação. No Direito do Trabalho existem duas formas de paralisação da prestação de serviços: a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho

Lei 11.340/06 deve ser enquadrada, já que menciona o "afastamento do local de trabalho", deixando claro que não haveria a prestação dos serviços. Por outro lado, em momento algum a lei obriga o empregador a pagar salários nesse período, o que seria imprescindível, já que ninguém está obrigado a fazer algo senão em virtude de lei.

A omissão dessa obrigação, portanto, implica na hipótese de suspensão do contrato de trabalho, razão pela qual não haverá contagem do tempo de serviço, pagamento de salários, FGTS e nem recolhimento de contribuições para o INSS. Crê-se que intenção do legislador, nesse caso, foi possibilitar que a mulher se retire da localidade por um tempo, indo morar com os pais em outra localidade, etc, garantido a fonte de subsistência, quando retornar. De qualquer modo, é preciso convir que, em se onerando exclusivamente o empregador com mais esta garantia de vínculo, se estará criando, por vias transversas, outra causa de discriminação contra a mulher no trabalho, a exemplo do que já ocorre com a licença-maternidade

Vale salientar, por fim, que a regra do art. 16 da Lei 11.340/06 deverá determinar a realização de audiências preliminares no Juizado comum, a exemplo do que já vem ocorrendo em relação aos crimes dos arts. 306 e 308 da Lei 9.503/97, com os únicos objetivos de ratificação da representação já ofertada no registro policial e eventual conciliação, visto que a transação estará sempre afastada em qualquer crime praticado em situação de violência contra a mulher. A contravenção das vias de fato em situação idêntica permanecerá a cargo do Juizado Especial Criminal com plena incidência da Lei 9.099/95, posto que o art. 41 da Lei Maria da Penha refere-se apenas a crimes e não a contravenções.

As medidas cautelares de caráter protetivo dos arts. 22 a 24 da Lei 11.340/06, inclusive as garantias do art. 9º, § 2º, da referida lei, devem ser aplicadas pelo Juiz Criminal até que instalados os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conforme art. 33 da referida Lei.

8 – POSIÇÕES JURÍDICAS:

A jurisprudência dos Tribunais de Justiças dos Estados tem comungado com o entendimento já assinalado.

EMENTA: PENAL. LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06). MEDIDAS PROTETIVAS REQUERIDAS NA FASE DE INQUÉRITO. NÃO-APLICAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DECLARADA PELO MM. JUIZ. APELAÇÃO. RECURSO SUBSIDIÁRIO. CONHECIMENTO. ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTES INVOCADOS. RECURSO PROVIDO. ÓBICE DA INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADO. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS A CARGO DO MAGISTRADO. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.07.234359-9/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): EDSON MENDES DA SILVA - RELATOR: EXMO. SR. DES. HERCULANO RODRIGUES.

"EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - JUSTIÇA COMUM X JUIZADO ESPECIAL - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41 DA LEI 11.340 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA O JULGAMENTO (JUÍZO SUSCITANTE). - Os crimes praticados mediante violência doméstica, segundo conceito da Lei 11.340/06 não são de menor potencial ofensivo, sendo excluídos do âmbito do Juizado Criminal, por seu art. 41. - As disposições do artigo 33 e do art. 41 não são inconstitucionais, uma vez que o art. 98, I, da Constituição Federal, delegou à lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite. - O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada" (AC 1.0000.07.457161-3/000; Rel. Des. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES; julg. 30/08/2007; pub. 19/09/2007).

EMENTA: APELAÇÃO - LEI MARIA DA PENHA - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - BUSCA DA IGUALDADE SUBSTANTIVA - COERÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. I - A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere a distinção entre iguais / desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. II - As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. III - O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla. IV - Arguição de inconstitucionalidade rejeitada. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.07.240509-1/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): ARMANDO GONÇALVES DE SOUZA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

De igual forma o Tribunal de Justiça de São Paulo:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DE PROTEÇÃO A VITIMA, PREVISTAS NA LEI N 11340/2006. QUE COÍBE A VIOLÊNCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - JUÍZO DE DIREITO DA 1º VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PRAIA GRANDE (SUSCITANTE) E JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE (SUSCITADO) ALEGAÇÃO INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE DOARTIGO 33. POSTO QUE ACUMULA AS COMPETÊNCIAS CÍVEL E CRIMINAL NAS VARAS CRIMINAIS, ENQUANTO NÃO FOREM ORGANIZADOS JUIZADOS ESPECÍFICOS. PORQUANTO TRATOU INDEVIDAMENTE, O LEGISLADOR FEDERAL, DE MATÉRIA PERTINENTE A ORGANIZAÇÃO JUDICIARIA. ATRIBUIÇÃO ESTADUAL-ART 125, § 1º, DA CF.-Constitucionalidade da norma, porque

não se cuida de hipótese de organização judiciária, e. sim de matéria processual, ao dispor sobre competência CF. artigo 22. inciso I Precedente desta Corte de Justiça - Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que. mediante a Resolução n286/2006. Admitiu, embora com caráter administrativo e implícito, a constitucionalidade do dispositivo. Julga-se procedente o conflito e competente o Juízo suscitado. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Conflito de Jurisdição n. 144.006-0/9-00 - Praia Grande Suscitante MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PRAIA GRANDE. Suscitado MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE. Interessado MARCOS ANTÔNIO BERNARDES TJSP - Câmara Especial

9 - FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (ART. 7º):

Por fim considerar tais crimes como de ação pública condicionada seria uma forma de proteção e valorização da própria vítima e sua vontade, seria por demais absurdo para ser aceito. Tal medida atentaria contra legislação expressa e só interessaria àqueles que não querem ter o trabalho de ajuizar, acompanhar e julgar os milhares de processos que certamente surgirão, cujas fotografias e exames de corpo de delito confirmarão que as lesões corporais sofridas não são frutos da imaginação das vítimas, devendo ser debatidas com seriedade pelo Poder Judiciário, vez que somente o enfrentamento real do tema com a prestação jurisdicional efetiva e adequada terá o poder de diminuir a ocorrência da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Violência Física: é a ofensa à vida, saúde e integridade física. Trata-se da violência propriamente dita, a *vis corporalis*. É a lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar. Neste caso, já existe o tipo penal incriminador próprio (art.129, §§ 9º e 10, do Código Penal), razão pela qual não se pode aplicar agravante, sob pena de bis in idem (dupla punição pelo mesmo fato), o que é vedado em Direito Penal. Por outro lado, se a violência levar à morte da vítima, há as agravantes, igualmente já previstas, de crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art.61, II e CP), de crime de abuso de autoridade ou prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (art.61, II do CP). A única hipótese que estaria fora do contexto do art.61, II, do Código Penal, seria o crime cometido contra a mulher em relação íntima de afeto, no qual o agressor convivia ou tenha convivido com a ofendida independentemente de coabitação. Porém, esta é a situação do inciso III do art 5º supra, que entendemos não se aplica ao contexto de violência doméstica ou familiar,

Violência Psicológica: é a ameaça, o constrangimento, a humilhação pessoal. É um conceito impróprio de violência, pois tradicionalmente o que aqui se denomina violência psicológica é a grave ameaça, a *vis compulsiva*.

O Estado tem a necessidade rever o antigo conceito de família, o de ambiente de fraternidade e proteção, e a Justiça não deve parar na porta da casa. Nem todos os atos de violência deixam marcas, os mais graves são justamente aqueles de ordem psicológica, os

quais a mulher não tem como provar através de um exame de corpo de delito. Para concluir, diz acreditar que no momento que esses atos de perversão forem realmente reconhecidos como crimes, incentivará os indivíduos a pensarem mais sobre seus direitos e assim criar uma sociedade mais igualitária.

Violência Sexual: constrangimento com o propósito de limitar a auto-determinação sexual e reprodutiva da vítima, inclusive obrigá-la à prostituição, impedi-la de usar métodos anti-conceptivos, etc. Tanto pode ocorrer mediante violência física como através da grave ameaça (violência psicológica).

Violência Patrimonial: qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Violência Moral: em linhas gerais, são os crimes contra a honra praticados contra a mulher.

9.1 - Âmbito/vínculo/relações exigidas para caracterização completa da violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 5º):

Âmbito doméstico: nesse caso, privilegia-se o espaço em que se dá alguma forma de violência referida a exposição anterior, bastando que tal se consuma na unidade doméstica de convívio permanente entre pessoas, ainda que esporadicamente agregadas e sem vínculo afetivo ou familiar entre si. Reforçará a proteção da norma na realidade dos grandes centros onde o convívio em sub-moradias, locais precaríssimos, será abrangido pela lei.

Âmbito familiar: aqui já não prevalece a caráter espacial do lar ou da coabitação, mas sim o vínculo familiar decorrente do parentesco natural, por afinidade ou por vontade expressa (civil). Assim, mesmo fora do recinto doméstico, a existência de relações familiares entre agressor e vítima, já permitirá a caracterização da violência doméstica.

Relações de afeto: nesta modalidade dispensa-se tanto a coabitação sob o mesmo teto, quanto o parentesco familiar, sendo suficiente relação íntima de afeto e convivência, presente ou pretérita. É o caso de namorados ou casais que não convivem sob o mesmo teto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito em geral possui uma finalidade educativa, no sentido de suas normas expressarem um dever ser a ser perseguido pelos cidadãos e resguardado pelo Estado, no sentido de coibir condutas a eles contrárias. Ora, quando o Direito criminaliza uma conduta, ele está evidentemente afirmando que dita conduta é inaceitável à vida em sociedade. Embora precise ter bases sociais que apóiem as pretensões positivadas, é inegável que o Direito visa à transformação da sociedade, na medida em que inúteis seriam leis que regulassem aquilo que ordinária e invariavelmente ocorrem.

A busca por um ideal de solidariedade humana, a luta contra discriminações e preconceitos muito bem arraigados em nossa cultura e principalmente o desejo por uma sociedade mais tolerante, mais justa, menos violenta e eticamente possível, é a crença absoluta de uma sociedade e de um grupo de pessoas que acreditam que vale a pena lutar por algumas utopias pois elas se tornam ainda necessárias em um mundo onde o diferente nos é tão insuportavelmente estranho que este possa valer menos em direitos ou deveres. A criação, portanto, de uma sociedade mais tolerante, é também a criação de uma sociedade mais ética ao admitirmos ou reconhecermos o outro como se fosse “um de nós”.

É necessário um projeto que prevê a inclusão das discussões sobre a violência doméstica no currículo escolar e a capacitação de professores para que possam fazer um trabalho de prevenção, de modo a reduzir a evasão escolar que atinge a maior parte das crianças que vivem em lares violentos. Precisamos tratar as crianças, precisamos proteger a mulher; recuperar e punir o agressor. Precisamos criar uma nova consciência na sociedade sobre essas relações de respeito e dignidade e da não ofensa contra mulher, estudos sistemáticos como o que o projeto está desenvolvendo que dêem visibilidade à problemática, contribuindo para a promoção de formas de consciência coletiva de proteção (que incluam prevenção e punição) em relação a esse tipo de violência, tanto por parte das mulheres como da população em geral.

Por isso, não pode o Judiciário simplesmente arquivar procedimentos, sem qualquer atuação eficaz, quando a dignidade do ser humano estiver em perigo. E o perigo se apresenta sempre que alguns dos direitos humanos fundamentais forem violados ou estiverem na iminência de sê-los. A vida, a integridade física e psíquica, a honra, por exemplo, são direitos fundamentais que a violência doméstica sempre ofende.

Outro ponto polemico da Lei 11340/06, é a instituição da competência para o julgamento dos crimes praticados contra a mulher, que consoante o art. 33 da referida Lei, serão julgados pelas varas criminais, que acumularão as competência cível e criminal. Embora não seja um primor de técnica legislativa, pensamos que não houve invasão da competência dos Tribunais, a teor do art. 96,a, da Constituição Federal. Trata-se de medida emergencial, enquanto não sobrevir a criação dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar. O tema no entanto, deve ensejar discussões apenas temporárias, que serão superadas assim que instalados, em todo o país, os Juizados de Violência Domestica e Familiar.

De todo o exposto, pode-se concluir que a Lei 11.340/06 tem mais efeito simbólico do que resultados concretos a curto e médio prazo, posto que, atentando-se para os possíveis impactos de suas disposições sobre o sistema de justiça, é possível vaticinar que as medidas mais importantes para implementação dos seus objetivos – a consecução de políticas sociais, a cargo do poder público e de instituições privadas – em realidade serão relegadas a segundo plano, prevalecendo as ações de ordem jurídico-penal, as últimas que deveriam vir recrutadas para darem seu contributo em sede de um Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIAS:

- CANOTILHO J. Gomes. Direito Constitucional Canotilho J. Gomes, Coimbra: Almadina 1991 p. 1577.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional Forense. Rio de Janeiro. 1983, p.75.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo: São Paulo: Malheiros. 25ª edição. 2005, p.217.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas. 23ª edição, p. 68.
- GERBER, Daniel e Dornelles, Marcelo Lemos. Juizados Especiais Criminais. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu. Juizados Especiais Criminais. 2ª Ed., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.
- REVISTA Brasileira De Ciências Criminais 73, Editora Revista dos Tribunais. Carmen Hein de Campos, 2008, p 245 ou disponível em: [http: <www.rt.com.br>](http://www.rt.com.br)
- ALMEIDA, Suely Sousa. Apresentação. In: Almeida, S.S.; SOARES, B.M.; públicas. 1 ed. Rio de Janeiro: Revinter / FAPERJ, 2003, v.1, p. 1-5.
- NUCCI, Guilherme Souza, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas; 3. Ed. Revista. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p 1141.
- ARAGÃO, Selma. A vitimização da mulher in Leal, César Barros e Piedade Júnior, Heitor. Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano. Belo Horizonte: Del Rei, 2001, p. 239-247.
- CAPPELIN, Paola. As mulheres e o acesso à cidadania no Rio de Janeiro: anotações sobre a pesquisa 'Lei, justiça e cidadania' in: PANDOLFI, Dulce Chaves (et alli) (orgs) Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 205-228.

CARVALHO, Sandra (org.) Direitos Humanos no Brasil (2002): Relatório Anual do Centro de Justiça Global. Rio de Janeiro: Centro de Justiça global, 2002.

CAPEZ, Fernando – Código Penal Comentado / Stela Prado, Porto Alegre: Verbo Jurídico 2007, p. 246.

DIAS, Maria Berenice - A Lei Maria da Penha na Justiça / Ed. Revista do Tribunais 2007, p 84.

LIMA, Altamiro de Araujo Filho, Lei Maria da Penha / Comentários a Lei de Violência – Editora Mundo Jurídico 2007.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Brasília: SPM, 2007. mimeo - disponível em [http:< www.planalto.gov.br/spmulheres>](http://www.planalto.gov.br/spmulheres)

ROSADAS, Mariana Rozadas - OAB do Rio distribui cartilha sobre violência contra a mulher / 05/10/2006 disponível em: [http: <www.agenciabrasil.gov.br/noticias2006>](http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias2006)

DIAS, Maria Berenice - A Lei Maria da Penha na Justiça / Ed. Revista do Tribunais 2007 – Violência Doméstica / [http: <www.mariaberenicedias.com.br/site>](http://www.mariaberenicedias.com.br/site)

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes, Lei Maria da Penha e a criminalização do masculino – 23/07/2007 - Direito Net / disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos>

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Memória - 2003-2006. Brasília: SPM, 2006.

BANDEIRA, L. e ALMEIDA, T. M. C. de. A violência contra as mulheres: um problema coletivo e persistente In: LEOCÁDIO, E. e LIBARDONI, M. (orgs.). O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência. Brasília: Agenda, 2006.