



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
ROSE ANE GERBER D'AGOSTINI

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM RELAÇÃO À
PROTEÇÃO DA VÍTIMA MASCULINA QUE SOFREU AGRESSÕES
DOMÉSTICAS**

Florianópolis
2010

ROSE ANE GERBER D'AGOSTINI

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM RELAÇÃO À
PROTEÇÃO DA VÍTIMA MASCULINA QUE SOFREU AGRESSÕES
DOMÉSTICAS**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gustavo Noronha de Ávila, Msc.

Florianópolis
2010

ROSE ANE GERBER D'AGOSTINI

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM RELAÇÃO À
PROTEÇÃO DA VÍTIMA MASCULINA QUE SOFREU AGRESSÕES
DOMÉSTICAS**

Este trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 09 julho de 2010.

Prof. e orientador Gustavo Noronha de Ávila, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Cristiane Goulart
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Priscila Tagliari
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DA VÍTIMA MASCULINA QUE SOFREU AGRESSÕES DOMÉSTICAS

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis (SC), 09 de julho 2010.

Rose Ane Gerber D'Agostini

Dedico este trabalho à minha filha,
Fernanda e ao meu marido, Mario
Cezar, companheiros de jornada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Guido Gerber (*in memoriam*).

À minha mãe, Laura de Souza Gerber, por todo amor e carinho.

À minha sogra, Maria Jecy D'Agostini, por todo apoio.

Às minhas irmãs, Rose Mary, Rosa Marta, Raquel Sandra e Rita, pelo estímulo.

Em especial à Regina Márcia, minha irmã, com quem compartilhei os bons e maus momentos desta etapa.

Às minhas cunhadas e cunhados, Sílvia, Miriam, Sibelli, Marcos, Mário Cesar e Paludo, pelo ânimo de sempre.

Aos meus sobrinhos, Vinícius, Gabriel e Arthur pela paciência.

Ao meu orientador, Gustavo Noronha de Ávila, sem o qual este trabalho não seria realizado.

E a todos que, de maneira direta ou indireta, contribuíram neste processo.

A violência, seja qual for a maneira
como ela se manifesta,
é sempre uma derrota.
(Jean-Paul Sartre)

Apenas a violência pode servir
onde reina a violência, e apenas
os homens podem servir onde
existem homens.
(Bertold Brecht)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a Lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, cuja edição tem gerado muita discussão. Para tanto, optou-se por usar o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica será efetuada por meio da análise da legislação, doutrina e jurisprudência. Para desenvolvê-lo foi necessário buscar fundamentação para conceituar termos como violência e violência doméstica, além de fazer a diferenciação entre as formas de violência doméstica (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) contra a mulher, referidas na Lei. Teve-se como foco mostrar os princípios constitucionais, citados como crítica à Lei, dentre os quais se destacou o da taxatividade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da isonomia. Além disso, deu-se atenção à sua aplicação e finalidade, além de sua utilização por analogia, influenciando a nossa jurisprudência. Durante a análise observou-se que, de maneira geral, a Lei parece apresentar um vício de (in)constitucionalidade pelo fato de dar maior proteção à mulher, no que diz respeito à violência no meio doméstico, em prejuízo da integridade física e moral do homem.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Vítimas femininas. Vítimas masculinas.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the Law 11340/2006, known as "Maria da Penha Law", which edition has generated much discussion. To this end, we chose to use the deductive method and the bibliographic research will be made through the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence. To develop this study it was necessary to find reasons to conceptualize terms such as violence and domestic violence, and to differentiate forms of domestic violence (physical, psychological, sexual, patrimonial and moral) against women, which have their reference in the law. The focus was to show the constitutional principles cited as criticism to the law, among which stands out from the strictness of proportionality, human dignity, equality and isonomy. Moreover, there was attention to its application and purpose, and further its use by analogy, influencing our jurisprudence. During the analysis it was observed that, in general, the referred law appears to have a habit of (un) constitutionality by the fact of giving greater protection to women, regarding to violence at home, harming the physical and moral integrity of man.

KEYWORDS: Criminal law. Constitutionality of 'Maria da Penha' Law. Female victims. Male victims.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À LEI MARIA DA PENHA	13
2.1 PORQUE A LEI 11.340/2006 RECEBEU ESTA DENOMINAÇÃO	13
2.2 TRÂMITE PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	17
2.3 A INAPLICABILIDADE DA LEI 9099/1995 – JUIZADOS ESPECIAIS CIVIS E CRIMINAIS	19
2.4 A REPERCUSSÃO DA “NOVA” LEI PARA AS DEMAIS NORMAS	21
3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	29
3.1 CONCEITO	29
3.2 TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	34
3.2.1 Violência física	35
3.2.2 Violência psicológica	36
3.2.3 Violência sexual	38
3.2.4 Violência patrimonial	39
3.2.5 Violência moral	40
3.3 ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA E FAMILIAR	41
3.4 EM QUALQUER RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO	43
4. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006)	47
4.1 PRINCÍPIOS NORMALMENTE CITADOS COMO CRÍTICA À LEI	47
4.1.1 Princípio da taxatividade	49
4.1.2 Princípio da proporcionalidade	51
4.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	54
4.1.4 Princípio da igualdade	58
4.1.5 Princípio da isonomia	62
4.2 APLICAÇÃO DA LEI PARA A VÍTIMA FEMININA	63
4.3 APLICAÇÃO DA LEI PARA A VÍTIMA MASCULINA	64
4.4 A FINALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA	67
4.5 BALANCEAMENTO DE PRINCÍPIOS	70
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS	76
ANEXOS	85

1. INTRODUÇÃO

*Nunca use violência de nenhum tipo.
Nunca ameace com violência de
nenhum modo. Nunca sequer tenha
pensamentos violentos. Nunca discuta,
porque isto ataca a opinião do outro.
Nunca critique, porque isto
ataca o ego do outro. E o seu
sucesso está garantido.
(Mahatma Gandhi)*

De tempos em tempos, somos surpreendidos por novas notícias veiculadas pela imprensa sobre mulheres que são agredidas dentro de seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade, gerando uma condição de verdadeira calamidade pública.

Nesses casos, a vítima conta com a proteção da Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica.

No entanto, questiona-se sua constitucionalidade, uma vez que dá a impressão, num momento inicial, de discriminação, pois, ao mesmo tempo em que trata a mulher como um ser “frágil”, deixa o homem desprotegido, impotente a possíveis violências causadas por suas companheiras e esposas.

A preocupação excessiva em resguardar a mulher resultou em disposições consideradas, por alguns autores, inconstitucionais, pois estas disposições prevêm a proteção exclusivamente à vítima de sexo feminino. Desta forma, não abrangem as possíveis agressões contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas dentro do ambiente doméstico, e o homem, como companheiro e esposo, é um membro da família que também pode sofrer violência doméstica.

Ressalta-se que a violência, seja ela qual for e a quem atinja, é inadmissível. Por isso, busca-se com o presente trabalho analisar a (in)constitucionalidade da Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, editada em 7 de agosto de 2006 e sancionada em 22 de setembro do mesmo ano.

Destaca-se que o artigo 5º, inciso I, e art. 226, § 5º, ambos da Constituição Federal, prevêm que homens e mulheres são iguais perante a lei. Desta forma, a Lei Maria da Penha traria, em si, um princípio eminentemente discriminatório, indo contra os preceitos constitucionais. Por isso, busca-se verificar se esta diferenciação seria correta, pois as mulheres foram, durante muito tempo, o foco da violência masculina. Além disso, deve-se considerar que a Lei Maria da Penha, embora contrariando os preceitos constitucionais, emergiu da necessidade de se dar destaque à violência contra as vítimas femininas.

Neste sentido, este trabalho, ao discorrer sobre o tema da violência doméstica contra os homens, pretende se constituir em uma contribuição no sentido de tentar dirimir este impasse que assola não somente os indivíduos em geral como também os profissionais da área jurídica.

Sendo assim, tem-se como objetivo geral analisar qual o posicionamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial mais equânime e justo dentro do ordenamento jurídico-legal brasileiro em relação à aplicação prática e efetiva da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) no atual contexto de proteção à vítima da violência doméstica, e como objetivos específicos

1. Demonstrar os aspectos históricos que levaram ao surgimento da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006);
2. Verificar como a doutrina conceitua a violência doméstica de modo geral;
3. Descrever os tipos de violência doméstica;
4. Identificar quais princípios são citados como crítica à Lei;
5. Analisar a aplicação da Lei para a vítima feminina;
6. Examinar a possível utilização da Lei para a vítima masculina;
7. Estudar a finalidade da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006);
8. Balancear os princípios.

A escolha desse tema deveu-se, principalmente, pela função social preponderante que possui a Lei Maria da Penha, na tentativa de atribuí-la às vítimas masculinas, visto que a própria Constituição considera homens e

mulheres como iguais perante a lei. Além disso, deve-se considerar que este é um tema recente e muito controverso, motivo pelo qual se optou por analisá-lo.

O presente estudo foi elaborado por meio do método dedutivo, que é a abordagem que parte do geral para o específico, e por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência nacionais, e está estruturado em três partes principais.

Na primeira serão abordados aspectos introdutórios da Lei Maria da Penha, tais como o porquê da denominação desta lei, os trâmites de sua criação, a necessidade da criação de uma lei com vistas à proteção das vítimas femininas em decorrência de violência doméstica, a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 – Lei de Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a repercussão da “nova” Lei para as demais áreas: direito penal, processual penal e lei de execuções penais. Aqui, autores como Alves, Dias, Fontoura, Oliveira, Montenegro, Cunha e Batista Pinto, serviram de apoio para a fundamentação teórica.

Na segunda parte, tratou-se do tema violência doméstica, abordando o seu conceito, os tipos de violência, bem como sua ocorrência no âmbito familiar, doméstico e em relação de afeto, ocasião em que se recorreu, por exemplo, à Dias, Fontoura, Vellasco, Cunha e Batista Pinto.

Na terceira parte, falou-se dos princípios norteadores, balanceamento dos mesmos, bem como sobre a aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas, femininas e masculinas, e a sua finalidade, momento que as reflexões de Marçal, Assis Alves, Greco, Siqueira, Cunha, Souza, Côrrea, Gavazza Mello, Aguiar Filho e Dias, fizeram-se presentes.

Sem o escopo de exaurir a matéria e de fazer doutrina, face à extensão do tema e aos estreitos limites impostos a um trabalho de conclusão de curso, teve-se como objetivo precípuo analisar as principais conseqüências advindas da aplicação desta lei apenas às vítimas femininas, bem como contribuir com o estudo deste tema no âmbito acadêmico.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À LEI MARIA DA PENHA

Este capítulo irá tratar de alguns temas como: aspectos históricos da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, o porquê de tal denominação, sua tramitação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a inaplicabilidade da Lei 9099/95 e a repercussão da “nova” lei para as demais normas, quais sejam: direito penal, processual penal e lei de execuções penais.

2.1 PORQUE A LEI 11.340/2006 RECEBEU ESTA DENOMINAÇÃO

A Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, foi editada com o objetivo de erradicar a violência doméstica contra a mulher.

Fabrizio da Mota Alves relata que o presidente da República sancionou, no dia 7 de agosto de 2006, numa cerimônia que contou com a presença de mulheres ocupantes dos mais relevantes cargos públicos do País, além de representantes de entidades feministas, o projeto de lei da câmara n. 37 cujo objetivo é criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher¹.

Segundo Alves,

embora a iniciativa legislativa tenha sido do próprio Poder Executivo, que o apresentou ao final de 2004, a proposta é fruto de anos de discussão entre o Governo brasileiro e a sociedade internacional e também de um apelo de milhões de mulheres brasileiras vítimas de discriminação por gênero, de agressões físicas e psicológicas e de violência sexual, tanto dentro como fora do seio familiar².

¹ ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em:

<<http://Jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p. 1.

² ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em:

<<http://Jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p. 2.

O projeto que gerou esta Lei foi elaborado por um grupo interministerial a partir de um anteprojeto de organizações não-governamentais. Em seguida, “o governo federal o enviou ao Congresso Nacional no dia 25 de novembro de 2004. Lá, ele se transformou no Projeto de Lei de Convenção 37/2006, aprovado e agora sancionado”³.

Conforme Maria Berenice Dias,

o projeto, que teve início em 2002, foi elaborado por um consórcio de 15 ONG's que trabalham com a violência doméstica. O Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Decreto 5030/2004, sob a coordenação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, elaborou o projeto que, em novembro de 2004, foi enviado ao Congresso Nacional. A Deputada Jandira Feghali, relatora do Projeto de Lei 4559/2004, realizou audiências públicas em vários Estados e apresentou substitutivo. Novas alterações foram levadas a efeito pelo Senado Federal (PLC 37/2006). A Lei 11.340, sancionada pelo Presidente da República em 7 de agosto de 2006, está em vigor desde 22 de setembro de 2006⁴.

O caso n. 12.051/OEA de Maria da Penha (também conhecida como Letícia Rabelo) Maia Fernandes foi o caso que deu origem à Lei 11.340/2006⁵. Segundo Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, o motivo que levou a Lei a ser denominada desta forma diz respeito ao fato da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes ter, no ano de 1983, na cidade de Fortaleza, Ceará, enquanto dormia, sido atingida por um tiro de espingarda disparado pelo marido, o economista M.A.H.V., colombiano naturalizado brasileiro. Em razão do ocorrido, a vítima ficou paraplégica⁶.

Tal ato fora premeditado porque o autor, dias antes, tentou convencê-la a fazer um seguro de vida, cujo beneficiário era ele mesmo e

³SECRETARIA DE QUESTÕES DE GÊNERO E ETNIA. *Violência contra as mulheres: a Lei Maria da Penha já está em vigor*. Disponível em: <http://www.contee.org.br/secretarias/etnia/materia_23.htm>. Acesso em: 9 fev. 2010, p.1.

⁴DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 14.

⁵WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em: 9 fev. 2010, p.1.

⁶CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 21.

também a fizera assinar em branco um recibo de venda de veículo de sua propriedade⁷.

Passados alguns dias, quando retornava para casa, Maria da Penha sofreu novo ataque, recebendo uma descarga elétrica enquanto tomava banho. “Nesse instante, entendeu o motivo pelo qual, há algum tempo, o marido utilizava o banheiro das filhas para banhar-se, restando evidente ter sido ele também o mentor dessa segunda agressão”. Deste modo, tem-se que, embora M.A.H.V. negasse a autoria do primeiro ataque, havia provas suficientes que o incriminavam, sendo o bastante para a denúncia ser ofertada pelo Ministério Público, no dia 28 de setembro de 1984, perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza⁸.

No dizer de Maria da Penha Maia, citada por Cunha e Batista Pinto,

alguns dados foram, aqui, decisivos. Primeiro, a prova testemunhal, constituída por empregados do casal, a ressaltar o gênio violento do marido. Segundo, conforme já mencionado, a intenção deste em convencer a esposa a celebrar um contrato de seguro, além da transferência do veículo. E, por último, o encontro da espingarda utilizada na prática do crime, fato sempre negado pelo autor sob o fundamento de que não possuía qualquer espécie de arma de fogo⁹.

Cunha e Batista Pinto relatam que o réu foi levado a Júri em 4 de maio de 1991, momento em que foi condenado. Houve apelo da defesa, sendo o recurso acolhido e o réu submetido a novo julgamento no dia 15 de março de 1996, onde foi condenado à pena de dez anos e seis meses de prisão. Deste julgamento, seguiu-se novo apelo e recursos aos tribunais superiores, onde, transcorridos mais de 19 anos da prática do crime, o réu, finalmente, foi preso¹⁰.

⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 21.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 21-22.

⁹ FERNANDES, Maria da Penha Maia *apud* CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 22.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 22.

Relatam ainda que, em setembro de 2002, M.A.H.V. foi preso e posto em regime aberto, retornando ao Estado do Rio Grande do Norte, não cumprindo 1/3 da pena em regime fechado, pois à época ainda não entrara em vigor a Lei 8.930/94¹¹, o que permitiu a progressão de regime ao condenado¹².

Como era e como ficou após o surgimento desta nova lei?

De acordo com a Fasubra - Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras, fundada em 19 de dezembro de 1978, e do Site *Dúvidas Jurídicas*, do Dr. Ângelo Amaral:

Como era a lei antes	Como é hoje
não existia lei específica sobre a violência doméstica contra a mulher	tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher
não tratava das relações de pessoas do mesmo sexo	hoje determina que a violência doméstica contra a mulher independe de orientação sexual
aplicava a Lei dos Juizados Especiais Criminais para os casos de violência doméstica. Estes Juizados julgam os crimes com pena até dois anos (menor potencial ofensivo),	retira dos Juizados Especiais Criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher
permitia a aplicação de penas pecuniárias como as de cesta básica e multa	proíbe a aplicação dessas penas
a mulher podia desistir da denúncia na delegacia	a mulher somente poderá renunciar perante o juiz
a lei não utilizava a prisão em flagrante do agressor	possibilita a prisão em flagrante
não previa a prisão preventiva para os crimes de violência doméstica	altera o código do processo penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física
a mulher vítima de violência doméstica, em geral, ia desacompanhada de advogado ou defensor público nas audiências	a mulher deverá estar acompanhada de advogado ou defensor em todos os atos processuais
a pena para o crime de violência doméstica era de 6 meses a 1 ano	a pena para crime de violência doméstica passará a ser de 3 meses a 3 anos
a violência doméstica contra a mulher portadora de deficiência não aumentava a pena	se a violência doméstica for cometida contra mulher portadora de deficiência, a pena será aumentada em 1/3.

Fonte: Adaptado de Ângelo Amaral¹³.

¹¹ Dá nova redação ao art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

¹² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 22.

¹³ AMARAL, Ângelo. *Dúvidas jurídicas*, 8 nov. 2007. Disponível em: <<http://zoiano.com.br/angeloamaral/?p=7>>. Acesso em: 15 mar. 2010, p.4. Encontra-se também em: *FASUBRA - Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras*. Brasília, 8 mar. 2007. Disponível em:

2.2 TRÂMITE PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 20 de agosto de 1998, Maria da Penha Maia Fernandes, bem como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)¹⁴ e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)¹⁵ apresentaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁶.

Devido às inúmeras omissões assumidas pelo Estado Brasileiro frente ao caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o relatório 54/2001¹⁷ em que condenava o Brasil a pagar uma indenização de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, a título de reparação pelo dano sofrido.

Conforme Cunha e Batista Pinto,

trata-se, sem dúvida, de documento indispensável a quem pretenda entender a situação da violência contra a mulher em nosso País e, dada à repercussão que ganhou, inclusive no meio internacional,

<www.fasubra.org.br/siteAsp/download/ID2007%20MAR-06.doc>. Acesso em: 15 mar. 2010, p.3.

¹⁴ Fundado em 1991, é uma entidade não-governamental que tem por objetivo a defesa e promoção dos direitos humanos junto aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. O CEJIL-Brasil existe desde 1994.

¹⁵ Formado por um grupo de mulheres (dentre as quais a brasileira Sílvia Pimentel), empenhadas na defesa dos direitos das mulheres da América Latina e Caribe. O CLADEM-Brasil possui escritório sediado na cidade de Porto Alegre/RS.

¹⁶ Órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos. A principal tarefa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos consiste em analisar as petições apresentadas denunciando violações.

¹⁷ “[...] a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8º e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1º(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher. Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8º e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1º(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida”. (ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://Jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p. 4.)

serviu como poderoso incentivo para que se restabelecessem as discussões sobre o tema, culminando, passados pouco mais de cinco anos de sua publicação, com o advento, finalmente, a Lei Maria da Penha¹⁸.

Segundo Maria Berenice Dias, foi em decorrência da pressão sofrida por parte da OEA que o Brasil, finalmente, decidiu cumprir o estabelecido nas convenções e tratados internacionais do qual é signatário. “Daí a referência constante da ementa contida na Lei Maria da Penha à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”¹⁹.

Valéria Pandjjarjian informa que:

a Lei Maria da Penha representa inegável avanço na normativa jurídica nacional: modifica a resposta que o Estado dá à violência doméstica e familiar contra as mulheres, incorporando a perspectiva de gênero e direitos humanos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); rompe com paradigmas tradicionais do Direito; dá maior ênfase à prevenção, assistência e proteção às mulheres e seus dependentes em situação de violência, ao mesmo tempo em que fortalece a ótica repressiva, na medida necessária; e trata a questão na perspectiva da integralidade, multidisciplinariedade, complexidade e especificidade, como se demanda que seja abordado o problema²⁰.

A Lei Maria da Penha, portanto, surgiu com o objetivo de prevenir, punir e erradicar a violência praticada pelo homem contra a mulher.

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 24.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 14.

²⁰ PANDJIARJIAN, Valéria. *Lei Maria da Penha: um compromisso para a justiça brasileira. Portal violência contra a mulher: campanha dos 16 dias*. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1494:lei-maria-da-penha-um-compromisso-para-a-justica-brasileira-valeria-pandjarjian-site-campanha-dos-16-dias&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 9 fev. 2010, p.1.

2.3 A INAPLICABILIDADE DA LEI 9099/1995 – JUIZADOS ESPECIAIS CIVIS E CRIMINAIS

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) ao introduzir no Direito Penal Brasileiro uma especial situação para a mulher, nos casos de violência doméstica e familiar, acabou por afastar por completo a Lei 9.099/95 quando dispõe em seu art. 41 que “os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995”.

Como observado, “o sexo da vítima irá definir a aplicação ou não do rito da Lei dos Juizados Especiais. Embora as figuras sejam as mesmas, o rito será o da Lei 9099/95 se a vítima for homem; sendo mulher, aplica-se o da Lei Maria da Penha”²¹. Além disso, acrescenta Marília Montenegro Pessoa de Mello, que “Com a nova lei o Direito passa a perceber o homem e a mulher sob a mesma lente no campo cível, equiparando-os nos direitos e deveres, porém, para o Direito Penal, a mulher passa a ter uma proteção especial, que nunca teve ao longo da história brasileira”²².

Tobias Barreto, citado por Marília Montenegro, insiste no mesmo argumento de que “a medida legal da capacidade feminina deve ser uma só. O direito civil e o direito criminal não são, por assim dizer, duas faces do mesmo espelho, uma de aumentar e outra de diminuir, de modo que a mulher se veja, por esta, com cara de criança, por aquela, com cara de homem”²³.

Assim, segundo Maria Berenice Dias, “a tendência de boa parte da doutrina é reconhecer que, em sede de violência doméstica, não cabe falar em delito de pequeno potencial ofensivo”²⁴. Por isso, consideram Rogério Sanches

²¹ OLIVEIRA, Fábio Dantas de. Uma breve análise da Lei Maria da Penha. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2053, 13 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12330>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p.10.

²² MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. 2008. 246 f. Tese de doutorado (em Direito). UFSC, Florianópolis. 2008, p. 88.

²³ BARRETO, Tobias *apud* Marília Montenegro de Mello. *Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. 2008. 246 f. Tese de doutorado (em Direito). UFSC, Florianópolis. 2008, p. 88.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 71.

Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que “o principal argumento para essa postura se funda, em síntese, na banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal proposta pela Lei 9099/95”²⁵, motivo pelo qual este tipo de crime não pode ser tratado como de menor potencial ofensivo.

Sendo assim, conclui Isidório, que não é possível admitir “os institutos despenalizadores inerentes às condutas que traduzem crimes considerados de menor potencial ofensivo”, como, por exemplo: composição civil extintiva da punibilidade (nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada), transação penal e suspensão condicional do processo²⁶.

O STJ, ao analisar o assunto, entendeu ser inaplicável a Lei n. 9099/95:

PROCESSUAL PENAL. HÁBEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. LEI N. 9099/95. INAPLICABILIDADE.

A Lei nº 11.340/06 é clara quanto a não aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ordem denegada. (HABEAS CORPUS Nº 84.831 - RJ (2007/0135839-3, Ministro Relator Felix Fischer, Dj 05/05/2008).

Portanto, não se aplicam aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher os institutos da composição civil, transação, suspensão condicional do processo e rito sumaríssimo, o que, para Pedro Rui da Fontoura Porto, a regra do art. 41 da Lei 11.340/2006 é uma opção do legislador que constitui “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”²⁷.

Porto acrescenta, ainda, que esta solução do legislador merece crítica,

²⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 191.

²⁶ ISIDÓRIO, Jeferson Ricardo. *Análise da Lei Maria da Penha e o princípio constitucional da igualdade entre os homens e mulheres*. 2008. 81 f. Monografia (especialização em Direito). UNISUL, Tubarão. 2008, p. 41.

²⁷ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007, p. 39.

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 aplicáveis em seu âmbito impondo, por exemplo, determinadas penas mais severas em caso de violência doméstica contra a mulher e se alcançaria suficiente aumento da repressão penal sem o risco de desmontar um sistema recém criado cujo aperfeiçoamento pleno ainda sequer havia sido alcançado [...]²⁸.

A Lei Maria da Penha, em seu art. 29, prevê a criação de um Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher para dar maior agilidade aos processos, mas enquanto não são criados, e por serem considerados de “menor potencial ofensivo” os crimes referentes a essa Lei, são julgados nas Varas Criminais.

2.4 A REPERCUSSÃO DA “NOVA” LEI PARA AS DEMAIS NORMAS

A nova Lei trouxe algumas modificações, como: (1) permite a prisão em flagrante dos agressores ou que tenham a prisão preventiva decretada; (2) acabou com as penas pecuniárias (como a compra de cestas básicas); (3) alterou também a Lei de Execução Penal (LEP), permitindo que o Juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

O art. 42 da Lei 11.340/2006 dispõe que:

o art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:
Art. 313 – Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos.

(...)

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

Assim, observa-se que o art. 42 ampliou as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, por meio do inciso IV, acrescido ao art. 313 do Código de Processo Penal. Isso possibilita ao Juiz, de ofício, ou a requerimento, decretar

²⁸ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007, p. 39.

a prisão provisória do agressor, com vistas a assegurar as medidas protetivas de urgência, previstas nos arts. 18 e seguintes da nova Lei. Entretanto, deve o “Juiz fundamentar essa medida cautelar pessoal, sendo imprescindível a satisfação dos requisitos do art. 312 do CPP (prova do crime e indícios suficientes de autoria)”²⁹.

Quanto a isso, para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, é necessário cautela. Primeiro, porque não basta, “para decretação da medida de exceção, que o crime tenha sido perpetrado contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar”. Deste modo, é preciso que também estejam presentes “os pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, de início, se exigirá a presença de prova da existência do crime e indício de sua autoria, a configurar o *fumus boni uiris*”. Além disso, “a fim de completar o binômio clássico que inspira toda e qualquer medida cautelar, é de rigor a demonstração do *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*)”³⁰.

Para Guilherme de Souza Nucci, o inciso IV do art. 313 CPC é inútil se não observado os requisitos do art. 312:

desde logo, adiantamos que se trata de outra inutilidade, promovida com fim demagógico. Somente se pode decretar a preventiva se os requisitos do art. 312 do CPP estiverem presentes. Por isso, é fundamental que o magistrado atue com cautela e bom senso. Ainda que a infração penal envolva violência doméstica contra a mulher (ex: lesão corporal simples), não há sentido em se decretar a prisão preventiva para um delito cuja pena varia de três meses a três anos de detenção. Lembremos da conhecida política de aplicação da pena mínima, existente no Brasil, e será fácil concluir a respeito do absurdo de uma prisão preventiva para um crime a ser apenado, muito provavelmente, com três meses de detenção. É evidente que, cuidando-se, por exemplo, de uma tentativa de homicídio no cenário doméstico poderá caber a prisão preventiva. Entretanto, não pode ser decorrência exclusiva do contexto doméstico ou familiar, mas, sim, porque, repita-se, preenchem-se os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal³¹.

²⁹ OLIVEIRA, Fábio Dantas de. Uma breve análise da Lei Maria da Penha. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2053, 13 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12330>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p.13.

³⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 121.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria*. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 630.

Porém, de acordo com Eduardo Luiz Santos Cabette, o dispositivo é providencial como instrumento para tornar efetiva as medidas de proteção previstas pela nova Lei. “Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercitivo da prisão preventiva por ausência de sustentação nos motivos elencados no art. 312, CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no art. 313, CPP”³².

E, conforme Rodrigo da Silva Perez Araújo “a prisão cautelar do agressor é, sem dúvida, garantia do direito fundamental da mulher vitimada em sua integridade – implícita ao direito fundamental à vida”. Assim, para o autor, “não há reprovação que se possa fazer por se estar a comprimir o direito a liberdade do agente. A opção do Legislador é voz legítima do interesse público e do povo, de que emana o Poder, e, portanto, deve preponderar”³³.

O art. 43 da Lei 11.340/2006 também acrescentou a alínea f ao art. 61 do CP:

a alínea f do inciso II do art. 61 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II – ter o agente cometido o crime:

(...)

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.

Portanto, seja qual for o delito cometido, prevalecendo-se o infrator das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, a pena será agravada. No entanto, como colocado por Berenice Dias, “se o crime for de lesão corporal, não incide a agravante, uma vez que esta circunstância já

³² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresinha, ano 10, n. 1146, 21 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 22 mar. 2010, p. 7.

³³ ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência doméstica: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1268, 21 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9304>>. Acesso em: 29 mar. 2010, p.13.

qualifica o delito (CP, art. 129, § 9º) e não pode haver dupla apenação pela prática do mesmo fato”³⁴.

O art. 44 da Lei 11.340/2006 deu nova redação ao art. 129, § 9º, do CP e acrescentou o parágrafo 11:

Art. 129 – Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

(...)

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

(...)

§ 11 – Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Observa-se que a Lei Maria da Penha não alterou o *caput* do art. 129, permanecendo igual desde a época em que foi inserido ao código Penal, em 2004, mas em relação ao patamar da pena, foi alterado tanto no mínimo quanto no máximo, ou seja, o mínimo passou de 6 (seis) para 3 (três) meses e o máximo de 1(um) para 3 (três) anos.

Tanto para Maria Berenice Dias, quanto para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, “é estranhíssima a opção do legislador ao reduzir a pena mínima à metade, mas a explicação para o aumento da pena é facilmente identificada, já que o legislador, com isso, vedou a possibilidade de transação penal para esse delito, cabível apenas para as infrações penais com pena máxima não superior a dois anos (art. 61 da Lei 9.099/95, com a redação dada pela Lei 11.313/2006)”³⁵.

Já Marília Montenegro Pessoa de Mello acrescenta que “não existe uma razão aparente para a diminuição do patamar mínimo, mas o acréscimo

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 99.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 100. Encontra-se também em: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 218.

do máximo foi, sem dúvida, para descaracterizar a infração como de menor potencial ofensivo”³⁶.

Outra hipótese acrescida pela lei 11.340/2006 ao Código Penal, diz respeito ao § 11, estabelecendo a majoração da pena quando o crime de violência doméstica for praticado contra pessoa portadora de deficiência³⁷.

Para Maria Berenice Dias:

a preocupação do legislador em aproveitar a lei que protege a mulher para alcançar as vítimas portadoras de necessidades especiais poderia ter ido além: ao invés de prever esta circunstância como majorante do delito de lesão corporal, deveria inseri-la entre as agravantes genéricas elencadas no art. 62 do Código Penal. Seria a forma de assegurar proteção especial a quem tem necessidade especial³⁸.

³⁶ MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do Juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. 2008. 246 f. Tese de doutorado (em Direito). UFSC, Florianópolis. 2008, p. 119.

³⁷ O conceito de pessoa portadora de deficiência encontra-se no art. 3º e 4º do decreto 3.289/1999 que regulamenta a Lei 7.853/1989 que dispõe sobre a política nacional para integração da pessoa portadora de deficiência. Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 100. Encontra-se também em: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 101.

Após o surgimento da Lei Maria da Penha, não se mencionou a espécie da ação, surgindo dúvidas se a ação continua a ser condicionada à representação ou voltou a ser pública incondicionada. Isso devido ao fato de que a lei, em seu art. 16, fala em renúncia à representação: “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”³⁹.

Marília Montenegro informa que:

em relação à espécie da ação penal da lesão leve qualificada pela violência doméstica, a nova lei não resolveu o impasse doutrinário, e as discussões continuam acirradas no que tange ao tema. Os autores que defendem a ação como pública condicionada à representação continuam utilizando o mesmo argumento que a criação do § 9º não afastou a ocorrência do art. 88 da lei 9.099/95 (estabelece depender de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves), pois não foi criado nenhum tipo penal novo, mas apenas uma qualificadora, e argumentam, ainda, que o art. 16 da própria lei 11.340/2006 corrobora com esse entendimento⁴⁰.

Marcelo Lessa Bastos entende que a ação penal voltou a ser pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve decorrente de violência doméstica e familiar contra a mulher⁴¹.

No mesmo sentido se coloca Eduardo Luiz Santos Cabette:

parece irretorquível que a partir da vigência da Lei 11.340/2006 retornou a ação penal a ser pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leves, desde que perpetradas no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque não é no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para as lesões leves em geral, e sim no artigo 88 da lei 9.099/1995. O raciocínio é simples: se a Lei 9.099/1995 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inexistindo qualquer ressalva, conclui-se que não se aplica por inteiro, inclusive o seu artigo 88, de forma que no silêncio do

³⁹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Dispõe sobre a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 2 fev. 2010.

⁴⁰ MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do Juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. 2008. 246 f. Tese de doutorado (em Direito). UFSC, Florianópolis. 2008, p. 120.

⁴¹ BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 29 mar. 2010, p. 2.

Código Penal, reintegra-se a regência do artigo 100 do CP, que impõe a ação penal pública incondicionada⁴².

Na análise de Pedro Rui da Fontoura Porto os delitos de lesões leves persistem sujeitos à representação, mesmo decorrentes de violência doméstica contra a mulher:

em que pesem altamente respeitáveis as opiniões, inclusive secundadas por respeitáveis juristas, de que a Lei Maria da Penha excluiu a possibilidade de representação no caso do crime do art. 129, § 9º, do CP, praticado por homem contra a mulher, tem-se que a melhor interpretação é a que continuará a exigir esta condição de procedibilidade em tal espécie delitiva⁴³.

Recentemente, no dia 24/02/2010, no julgamento do Resp 1097042, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, composto pela Quinta e Sexta Turmas, vêm interpretando que a Lei Maria da Penha é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas: “é imprescindível a representação da vítima para propor ação penal nos casos de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica”.

O art. 45 da Lei 11.340 deu nova redação ao art. 152 da Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal, assim dispendo:

Art. 45. O art. 152 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Parágrafo único: nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Ao acrescentar este parágrafo único ao art. 152 da Lei de Execução Fiscal, a Lei Maria da Penha autoriza o juiz a determinar o comparecimento do réu a programas de recuperação e reeducação. Assim, “o condenado por delito doméstico é obrigado a participar dos programas de acompanhamento

⁴² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresinha, ano 10, n. 1146, 21 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 22 mar. 2010, p. 5.

⁴³ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007, p. 45.

psicossocial, enquanto aos réus apenados pela prática de outros delitos não pode ser imposta a freqüência a cursos e palestras”⁴⁴.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 100. Encontra-se também em: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 107.

3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei 11.340/2006 foi sancionada com o objetivo manifesto de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (art.1º). Portanto, a fim de tratar da (in)constitucionalidade da Lei para a vítima masculina, convém, neste capítulo, conceituar o termo violência, violência doméstica, bem como especificar quais os seus tipos e espaço de ocorrência.

3.1 CONCEITO

O termo “Violência”⁴⁵ deriva do latim *violentia*, e significa vis, força, vigor, como também “emprego de força física ou meio material para infligir dano, castigar ou constranger alguém. Abuso do próprio poder com relação a coisa, animal ou pessoa”. É um comportamento que causa dano a outra pessoa, ser vivo ou objeto. Nega-se autonomia, integridade física ou psicológica e mesmo a vida de outro, havendo o uso excessivo de força, além do necessário ou esperado⁴⁶.

De acordo com o Dicionário Houaiss, violência é a “ação ou efeito de violentar, de empregar força física (contra alguém ou algo) ou intimidação moral contra (alguém); ato violento, crueldade, força”. No aspecto jurídico, o mesmo dicionário define o termo como o “constrangimento físico ou moral

⁴⁵ Informações disponíveis em: (1) CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do direito*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 276; (2) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1999, p. 2076; (3) WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_dom%C3%A9stica>. Acesso em: 08 abr. 2010, p.1.

⁴⁶ Informações disponíveis em: (1) CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do direito*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 276; (2) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1999, p. 2076; (3) WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_dom%C3%A9stica>. Acesso em: 08 abr. 2010, p.1.

exercido sobre alguém, para obrigá-lo a submeter-se à vontade de outrem; coação”⁴⁷.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define violência como “o uso intencional da força ou poder em uma forma de ameaça ou efetivamente, contra si mesmo, outra pessoa ou grupo ou comunidade, que ocasiona ou tem grandes probabilidades de ocasionar lesão, morte, dano psíquico, alterações do desenvolvimento ou privações”⁴⁸.

Na concepção criminológica o termo violência se define como:

um comportamento (acto ou propósito agressivo) activo, espontâneo ou voluntário, directo ou indirecto, que surge num contexto de interacção ou relação entre duas (ou mais) partes envolvidas, em situação de desigualdade de poder, e que se caracteriza pelo uso da força, coacção ou intimidação, de carácter individual ou colectivo, exercida pelo homem sobre o homem, comportando vários graus de gravidade e atingindo-o nas suas necessidades, na sua integridade física, na sua integridade moral, nos seus bens e(ou) nas suas participações simbólicas e culturais, causando prejuízo, dano e sofrimento;[...]⁴⁹

Já “violência doméstica” é a violência, explícita ou velada, praticada dentro de casa ou no âmbito familiar, entre indivíduos unidos por parentesco civil (marido e mulher, sogra, padrasto) ou parentesco natural, como pai, mãe, filhos, irmão, etc. Inclui diversas práticas, como a violência e o abuso sexual contra as crianças, maus-tratos contra idosos, e violência contra a mulher e contra o homem, geralmente nos processos de separação litigiosa, além da violência sexual contra o parceiro⁵⁰.

Destaca-se que o próprio Ministério da Justiça⁵¹, por meio de sua Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, publicou um Glossário cujo objetivo é conceituar as expressões mais comumente utilizadas acerca do tema

⁴⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2866. Encontra-se também no site: SERASA. Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/guiacontraviolencia/violencia.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2010, p. 1.

⁴⁸ MARZIALE, Maria Helena Palucci. *A violência no setor saúde*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692004000200001&script=sci_arttext>. Acesso em: 17 abr. 2010, p. 1.

⁴⁹ MAGALHÃES, Teresa. Introdução à medicina legal. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. MEDICINA LEGAL - 2003/2004. Disponível em: <<http://medicina.med.up.pt/legal/IntroducaoML.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2010, p.11.

⁵⁰ WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_dom%C3%A9stica>. Acesso em: 8 abr. 2010, p. 1.

⁵¹ Informações disponíveis em: <<http://www.mulheres.org.br/violencia/artigos04.html>>. Acesso em: 03 maio. 2010, p. 2.

violência. Este documento distingue violência contra a mulher de violência doméstica (conhecida também como violência intrafamiliar). Assim,

Violência contra a mulher – é qualquer ação ou conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado, motivada apenas pela sua condição de mulher.

Violência intrafamiliar/violência doméstica – é a violência perpetrada no lar ou na unidade doméstica, geralmente por um membro da família que viva com a vítima, podendo ser homem ou mulher, criança, adolescente ou adulto (a)⁵².

Para Sérgio Ricardo de Souza, o termo violência doméstica se apresenta com o mesmo significado de violência familiar ou ainda de violência intrafamiliar, ou seja, são “os atos de maltrato desenvolvidos no âmbito domiciliar, residencial ou em relação a um lugar onde habite um grupo familiar”. Enfatiza o autor que, prioritariamente, abrange “o aspecto espacial no qual se desenvolve a violência, não deixando expressa uma referência subjetiva”, ou seja, seu sujeito de análise não é apenas a mulher, mas também qualquer outra pessoa integrante do núcleo familiar, como crianças, idosos, deficientes físicos ou deficientes mentais, “que venha a sofrer agressões físicas ou psíquicas praticadas por outro membro do mesmo grupo”. Sendo assim, para ele, é um conceito que “não prioriza o fenômeno da discriminação a que a mulher é submetida, dispensando a ela tratamento igualitário em relação aos demais membros do grupo familiar privado”⁵³.

O panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo”, também informa que violência contra a mulher é qualquer tipo de ação ou omissão, seja de discriminação, agressão ou mesmo coerção, que pode acontecer em espaços públicos ou privados, causando dano, morte, constrangimento, limitação ou qualquer tipo de sofrimento, seja físico, moral, psicológico, dentre outros, praticados pelo simples fato de a vítima ser mulher⁵⁴.

Vislumbra-se que o tema “violência contra a mulher” está em evidência mesmo em âmbito internacional. A própria ONU ocupou-se dele em

⁵² Informações disponíveis em: < <http://www.mulheres.org.br/violencia/artigos04.html>>. Acesso em: 03 maio. 2010, p. 2.

⁵³ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2008, p. 35.

⁵⁴ CASA DA MULHER CATARINA. Panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo: não deixe que ela faça parte da sua vida”. Publicado com apoio da Casa da Mulher Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina.

várias convenções, muitas delas ratificadas pelo Brasil, dentre as quais: Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) – 1994; Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993); Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994); Conferência de Cúpula para o Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995)⁵⁵.

Letícia Franco de Araújo informa que, em 1995, as Nações Unidas realizaram a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (também conhecida como Conferência de Beijing), que ficou conhecida como o grande conclave das Nações Unidas na década de 90 e trouxe à discussão vários temas referentes à mulher, influenciando a dogmática acerca deste assunto em todo o mundo⁵⁶.

De acordo com o art. 5º da Lei 11.340/2006, “entende-se por violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, seja no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto”.

Apesar de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto definirem violência doméstica “como sendo a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência”⁵⁷, eles alertam para o fato de que a “violência doméstica” também aparece como discriminatório, porque não é somente a mulher que pode sofrer agressões no âmbito familiar, pois o homem igualmente pode sofrer com este tipo de violência⁵⁸.

Fabrcício da Mota Alves ressalta que a violência doméstica também é aquela que ocorre no espaço de convívio permanente das pessoas, mesmo

⁵⁵ ARAÚJO, Letícia Franco de. *Violência contra a mulher: A ineficácia da justiça penal consensualizada*. Campinas, SP: CS; São Paulo: Lex. 2003, p. 139-140.

⁵⁶ ARAÚJO, Letícia Franco de. *Violência contra a mulher: A ineficácia da justiça penal consensualizada*. Campinas, SP: CS; São Paulo: Lex. 2003, p. 139-140.

⁵⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 39 e 48.

⁵⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 39.

que não tenham vínculo familiar, visto que os agregados, por conviverem com a família, mesmo que esporadicamente, também se encaixam aqui. Isso é o que dispõe o caput do art. 5º da Lei Maria da Penha. Assim, no âmbito doméstico, “o agressor pode não ter relações familiares com a vítima, mas deve necessariamente conviver, de forma continuada, com ela”⁵⁹.

No dizer de Rosiska Darcy de Oliveira, Leila Linhares Barsted e Miguel Paiva, a violência doméstica está profundamente enraizada na relação de dominação dos homens sobre as mulheres, muitas vezes associada à total dependência delas a eles.

Por isso, para estes autores,

os “temperamentos violentos”, os “homens de mau gênio”, os “difíceis”, não são um acaso e nem uma má escolha que uma mulher não soube fazer... Eles são a expressão aguda de uma situação latente em que a violência do homem sobre a mulher se justifica e se orgulha de si mesma⁶⁰.

Por este motivo, eles alertam para o fato de que a violência doméstica precisa perder o título de “doméstica” e ser tratada como é, ou seja, um crime. “Mesmo se a lei já a reconhece como tal, o costume e a força da cultura continuam a torná-la invisível. Só é possível evitar que ela persista na medida em que deixe de ser invisível e passe a ser vivida por todos como um absurdo e um escândalo”⁶¹.

Para Sueli Souza de Almeida “violência doméstica é uma noção especializada, que designa o que é próprio à esfera privada – dimensão da vida social que vem sendo historicamente contraposta ao público, ao político. Enfatiza, portanto, uma esfera da vida, independentemente do sujeito, do objeto ou do vetor da ação”⁶².

⁵⁹ ALVES, Fabrício da Mota. *Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p. 9.

⁶⁰ OLIVEIRA, Rosiska Darcy de; BARSTED, Leila Linhares; PAIVA, Miguel. *A violência doméstica*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero. 1984, p. 19.

⁶¹ OLIVEIRA, Rosiska Darcy de; BARSTED, Leila Linhares; PAIVA, Miguel. *A violência doméstica*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero. 1984, p. 68-69.

⁶² ALMEIDA, Sueli Souza de. *Violências múltiplas em contextos e tempos distintos*. In: ALMEIDA, Sueli Souza de. (Org.). *Violência de gênero e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ. 2007, p. 23

3.2 TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O art.7º da Lei 11.340/2006 dispõe as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

Portanto, a violência doméstica, divide-se em:

1. Violência física - que é aquela fundada no uso da força, mediante socos, pontapés, tapas, empurrões, queimaduras etc.;
2. Violência psicológica – decorrente da agressão emocional, em que o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima;
3. Violência sexual – qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual que não queira;

4. Violência patrimonial – configura retenção, subtração, destruição de objetos pessoais da vítima, seja total ou parcial, como documentos, bens, instrumentos de trabalho, dentre outros;
5. Violência moral – é aquela decorrente da violência verbal, em que a vítima é caluniada, difamada ou injuriada.

3.2.1 Violência física

A violência física consiste basicamente no uso da força, “causando danos materiais ou fisiológicos, caracterizam-se pela intensidade comparativamente alta, assim como pela instantaneidade – porém tendo pouca perenidade. Existem inúmeras variações da violência física, como estupro e o assassinato”⁶³.

Cunha e Batista Pinto conceituam violência física como sendo:

o uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, vis corporalis. São condutas previstas, por exemplo, no Código Penal, configurando os crimes de lesão corporal e homicídio e mesmo na Lei das Contravenções Penais, como a vias de fato⁶⁴.

No ponto de vista de Maria Berenice Dias, “ainda que a agressão não deixe marcas aparentes, o uso da força física que ofenda o corpo ou a saúde da mulher constitui vis corporalis, expressão que define a violência física”⁶⁵. Este também é o entendimento de Pedro Rui de Fontoura, quando diz que “violência física é a ofensa à vida, saúde e integridade física. Trata-se da violência propriamente dita, a vis corporalis”⁶⁶. Já o panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo”, informa que “violência física é a ação ou

⁶³ WIKIPÉDIA. Disponível em:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_dom%C3%A9stica>. Acesso em: 8 abr 2010, p. 3.

⁶⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 61.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 46.

⁶⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007, p. 25.

omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física de uma pessoa”⁶⁷.

Edson Durães complementa dizendo que a “violência física é a ação ou omissão que coloca em risco ou causa dano à integridade física de uma pessoa”. Informa que ela é praticada quando “o homem passa a ofender a integridade física da mulher, por meio do contato físico, valendo-se de socos, chutes, tapas, pancadas, ameaça com faca, tentativa de homicídio, dentre outras”. Assim, para ele, este tipo de violência “é a principal forma de manifestação da violência contra a mulher, causando-lhe dor física e lesão corporal”⁶⁸.

Daniela Carneiro acrescenta que a violência contra os homens não se dá de maneira direta, visto que eles têm mais força física do que as mulheres. Assim, quando há intenção de se agredir um homem, o mais comum é que esses atos sejam praticados por terceiros, como, por exemplo, parentes da própria companheira ou até mesmo profissionais contratados para isso. “Outra modalidade são as agressões que tomam o homem de surpresa, como, por exemplo, durante o sono. Não são incomuns, atualmente, a violência física doméstica contra homens, praticados por namorados (as) ou companheiro (as) dos filhos (as) contra o pai”⁶⁹.

3.2.2 Violência psicológica

A violência psicológica caracteriza-se, de acordo com Edson Durães, por ações ou omissões que “visam degradar, dominar, humilhar outra pessoa, controlando seus atos, comportamentos, crenças, decisões.

⁶⁷CASA DA MULHER CATARINA Panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo: não deixe que ela faça parte da sua vida”. Publicado com apoio da Casa da Mulher Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina.

⁶⁸ VELLASCO, Edson Durães de. *Lei Maria da Penha: novos institutos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher*. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Penal e Processual Penal do UniDF e Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT. Brasília. 2007, p. 46.

⁶⁹ CARNEIRO, Daniela. *Violência doméstica*. Disponível em: <<http://danielacarneiro.com/violenciadomestica.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2010, p. 2.

Intimidações e ameaças que impedem ou prejudicam o exercício da autodeterminação e desenvolvimento pessoal”⁷⁰.

No panfleto “A Violência doméstica dói em todo mundo”, a violência psicológica é tida como a ação ou omissão “destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça, humilhação, isolamento ou outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal”⁷¹.

Pedro Rui da Fontoura Porto alega que a “violência psicológica é a ameaça, o constrangimento, a humilhação pessoal. Cuida-se de um conceito impróprio de violência, pois tradicionalmente o que aqui se denomina violência psicológica é a grave ameaça, a vis compulsiva”⁷².

Em Maria Berenice Dias vamos encontrar que tal previsão não estava contida na legislação, “mas a violência psicológica foi incorporada ao conceito de violência contra mulher na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, conhecida como Convenção de Belém do Pará. É a proteção da auto-estima e da saúde psicológica”⁷³.

Na visão de Cunha e Batista Pinto, a violência psicológica é aquela na qual a agressão sofrida se dá em âmbito emocional. Por isso, consideram que é “tão ou mais grave que a física”. Além disso, entendem que “o comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído. Dependendo do caso concreto, a conduta do agente pode caracterizar o crime de ameaça”⁷⁴.

⁷⁰ VELLASCO, Edson Durães de. *Lei Maria da Penha: novos institutos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher*. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Penal e Processual Penal do UniDF e Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT. Brasília. 2007, p. 47.

⁷¹ CASA DA MULHER CATARINA. Panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo: não deixe que ela faça parte da sua vida”. Publicado com apoio da Casa da Mulher Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina.

⁷² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 25.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p.47.

⁷⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 61.

3.2.3 Violência sexual

De acordo com o dicionário de Medicina Legal, a violência sexual é o “ato sexual a cuja prática é compelida uma pessoa, mediante o emprego de força física ou grave ameaça”. Caracteriza-se através do “estupro, quando o intento criminoso se concretiza na conjunção carnal; o atentado violento ao pudor, quando ele resulta qualquer outro ato libidinoso”⁷⁵.

Para Edson Durães, tem-se que a violência sexual é “o termo empregado para os casos de sujeição da mulher, à vontade sexual masculina, cometidos dentro e fora de casa por alguém da família e da relação íntima da mulher”. São atos nos quais há “emprego de força física em que o suposto agressor obriga a mulher vítima, a manter relação sexual não desejada ou a assedie sexualmente. Utiliza-se a manipulação, o uso da violência física, ameaça, chantagem, suborno, entre outros meios”⁷⁶.

Em “A violência doméstica dói em todo mundo” vamos encontrar o seguinte esclarecimento:

Violência sexual é a ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou a participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal. Considera-se como violência sexual também o fato de o agressor obrigar a vítima a realizar alguns desses atos com terceiros⁷⁷.

Segundo Porto, a “violência sexual é o constrangimento com o propósito de limitar a autodeterminação sexual da vítima, tanto pode ocorrer

⁷⁵ ZACHARIAS, Manif; Zacharias, Elias. Colaboração de Miguel Zacharias Sobrinho. *Dicionário de medicina legal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: IBRASA, Curitiba: Ed. Universitária Champagnat. 1991, p. 478.

⁷⁶ VELLASCO, Edson Durães de. *Lei Maria da Penha: novos institutos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher*. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Penal e Processual Penal do UniDF e Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT. Brasília. 2007, p. 48.

⁷⁷ CASA DA MULHER CATARINA. Panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo: não deixe que ela faça parte da sua vida”. Publicado com apoio da Casa da Mulher Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina.

mediante violência física como através da grave ameaça (violência psicológica)”⁷⁸.

Para Genival Veloso de França a violência sexual “não é apenas uma agressão ao corpo, á sexualidade e á liberdade do homem ou da mulher, mas acima de tudo uma agressão á dignidade humana [...]”. Isso porque hoje a tendência é ampliar o conceito de violência sexual “para além do ato ou da tentativa de uma prática sexual, incluindo também as insinuações, os comentários, e as divulgações de caráter sexual, desde que de forma coativa ou constrangedora”⁷⁹

3.2.4 Violência patrimonial

No texto do panfleto a “A violência doméstica dói em todo mundo”, tem-se que a violência patrimonial “é o ato que implique dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores”⁸⁰.

Do ponto de vista de Edson Durães Vellasco, este tipo de violência caracteriza-se pela “dilapidação dos bens móveis (carros, aplicações financeiras, poupanças, jóias) e/ou imóveis (prédios, casas, sítios) de uma pessoa, provocando danos, perdas, distribuição, retenção de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores econômicos e outros”⁸¹.

⁷⁸ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007, p. 25.

⁷⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2008. p. 225.

⁸⁰ CASA DA MULHER CATARINA. Panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo: não deixe que ela faça parte da sua vida”. Publicado com apoio da Casa da Mulher Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina.

⁸¹ VELLASCO, Edson Durães de. *Lei Maria da Penha: novos institutos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher*. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Penal e Processual Penal do UniDF e Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT. Brasília. 2007, p. 49.

Pedro Rui da Fontoura Porto complementa dizendo que a “violência patrimonial é a retenção, subtração, destruição de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos”⁸².

De acordo com Cunha e Batista Pinto, "com o advento da Lei Maria da Penha, se acenou, na doutrina, que as imunidades previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal não teriam sido recepcionadas pelo diploma novel”⁸³.

Corroborando com este entendimento Maria Berenice Dias, visto que considera que foi a partir da vigência da Lei Maria da Penha, que se estipulou que o marido que ‘subtrai’ objetos da sua mulher pratica violência patrimonial (art. 7º, IV). Assim, diante disso, “quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos arts. 181 e 182 do Código Penal. Não mais chancelando o furto nas relações afetivas, cabe o processo e a condenação, sujeitando-se o réu ao agravamento da pena (CP, art. 61, II, f)”⁸⁴.

3.2.5 Violência moral

Como descrito por Edson Durães Vellasco, a violência moral é a conduta “perpetrada por alguém da família ou de relação íntima da mulher, que atinja sua honra objetiva e subjetiva”. Assim, entende-se por honra objetiva “a reputação da mulher, aquilo que os outros pensam a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e outros”. Já por honra subjetiva, aquela que “fere a dignidade ou decoro da mulher. É o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana”⁸⁵.

⁸² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 25.

⁸³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 63.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 88.

⁸⁵ VELLASCO, Edson Durães de. *Lei Maria da Penha: novos institutos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher*. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Penal e Processual Penal do UniDF e Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT. Brasília. 2007, p. 49.

Cunha e Batista Pinto alegam que a violência moral é um tipo de violência verbal, “entendida como qualquer conduta que consista em calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas) normalmente se dá concomitante a violência psicológica”⁸⁶.

A violência moral, conforme Maria Berenice Dias, encontra proteção penal nos delitos contra a honra: calúnia (art. 138, caput, CP), difamação (art. 139, caput, CP) e injúria (art. 140, caput, CP). Por isso, esses tipos de delitos tem em vista “proteger a honra, mas, cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral”. Deste modo, “quando são perpetrados contra a mulher no âmbito da relação familiar ou afetiva, devem ser reconhecidos como violência doméstica, impondo-se o agravamento da pena (com art, 61, II, f)”⁸⁷.

Na concepção do panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo”, a violência moral “é a ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação da mulher”⁸⁸

3.3 ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, incisos I, II e III, preocupou-se em identificar seu campo de abrangência, assim definindo:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 65.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p.54.

⁸⁸ CASA DA MULHER CATARINA. Panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo: não deixe que ela faça parte da sua vida”. Publicado com apoio da Casa da Mulher Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina.

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Segundo Ângelo Amaral, a violência doméstica pode dar-se em três esferas, quais sejam: (1) no âmbito da unidade doméstica, que seria o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; (2) no âmbito da família, onde as pessoas estariam unidas por laços naturais, de afinidade ou por vontade expressa e, (3) por último, em qualquer relação íntima de afeto, onde o agressor conviva com a ofendida, independentemente de coabitação.⁸⁹

Guilherme Nucci alerta para o fato de que “a mulher agredida no âmbito da unidade doméstica deve fazer parte dessa relação doméstica. Não seria lógico que qualquer mulher, bastando estar na casa de alguém, onde há relação doméstica entre terceiros, se agredida fosse, gerasse a aplicação da agravante trazida pela Lei Maria da Pena”⁹⁰.

Para Cunha e Batista Pinto a violência, no âmbito da unidade doméstica, envolve também aquelas pessoas esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança inserindo-se, como exemplo, a agressão do patrão em face da empregada. Assim, a violência no âmbito da família, engloba “aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção)”⁹¹.

⁸⁹ AMARAL, Ângelo. Disponível em: <<http://zoiando.com.br/angeloamaral/?p=7>>. Acesso em: 15 mar. 2010, p.1.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 1043. Encontra-se também em: DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Pena na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 43.

⁹¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Pena (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 49 e 51.

Maria Berenice Dias considera que o conceito de família da Lei Maria da Penha deve abranger também a chamada família monoparental, “assim nominada a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º)”, com vistas a alcançar a filiação socioafetiva, “uma vez que o estado de filho afetivo faz com que as pessoas se sintam aparentadas”. Além disso, considera que o reconhecimento da união homoafetiva como família é expresse. Assim, “lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros, que têm a identidade feminina, estão ao abrigo da lei quando a violência ocorre entre pessoas que possuem relação afetiva no âmbito da unidade doméstica ou familiar⁹².

3.4 EM QUALQUER RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO

Segundo Maria Berenice Dias, a definição de família “como relação de afeto corresponde ao atual conceito de família, que há muito vem sendo cunhado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Aliás, agora se fala em Direito de Famílias, pois há uma nova concepção da família que se define pela presença do vínculo da afetividade⁹³.

Eliane Ferreira considera que hoje a família “tem origem plural e se revela como o núcleo de afeto no qual o cidadão se realiza e vive em busca da própria felicidade”. Deste modo, para ela, “abandonou-se o modelo patriarcal e hierarquizado da família romana, ao longo dos anos e firmou-se no direito das sociedades ocidentais um modelo de atuação participativa, igualitária e solidária dos membros da família⁹⁴.

Cunha, Batista Pinto, Maria Berenice e Pedro Fontoura informam que há críticas ao inciso III, visto que extrapolou o espírito dos tratados

⁹² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 44.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 45.

⁹⁴ FERREIRA, Eliane apud DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 45.

ratificados pelo Brasil, por proteger a mulher de forma diferenciada somente no seu ambiente doméstico⁹⁵.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci crê ser inaplicável o disposto no inciso III do art. 5º, desta lei, para efeitos penais. Isso porque:

na convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, no art. 2º, § 1º, prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido 'dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual'. Logo, é bem menos abrangente do que a redação do inciso III do art. 5º, da Lei 11.340/2006. Exige-se, no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/2006 basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inciso III⁹⁶.

Edson Durães acrescenta que se o agressor não se enquadrar “nas três hipóteses previstas nos incisos do art. 5º da Lei Maria da Penha, estará fora do alcance da Lei especial, aplicando, a ele, a legislação penal comum”. Deste modo, “o espaço em que ocorre a violência contra a mulher não importa, o que define a competência é a violência praticada contra a mulher e seu vínculo de afeto com o agente de fato”⁹⁷.

Em que pese todo o contexto em que as muitas formas de violência contra a mulher levaram à criação de formas de protegê-la, a violência, seja ela qual for, representa um atentado contra a humanidade, independentemente de a vítima ser homem ou mulher. A proteção, portanto, deve ser direcionada ao homem e a mulher que comprovar ser vítima de violência doméstica.

⁹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 53; DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 45; PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007, p. 26.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p 1044. Encontra-se também em: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 53.

⁹⁷ VELLASCO, Edson Durães de. *Lei Maria da Penha: novos institutos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher*. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Penal e Processual Penal do UniDF e Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT. Brasília. 2007, p. 28.

De acordo com Souza e Fonseca,

não é preciso muito esforço para perceber que a legislação infraconstitucional acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher e o *status* entre filhos que o poder constituinte originário tratou de maneira igual criando, aí sim, a desigualdade na entidade familiar⁹⁸.

Se a Constituição Federal garante, em seu art. 5º, inciso I c/c com art. 226, § 5º, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, há a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito familiar, estendendo os efeitos da Lei 11.340/2006 a qualquer indivíduo que se encontre em situação idêntica de violência doméstica, seja do sexo masculino ou feminino.

Conforme Cunha e Batista Pinto,

a inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia⁹⁹.

Já para o Relator Judinar Biler, TJMG, Apelação Criminal 1.0672.07.249317-0, j. 06.11.2007, DO 21.11.2008:

A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que seja plenamente lícita suas disposições¹⁰⁰.

Portanto, para que a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, não seja caracterizada como inconstitucional é necessário que o intérprete afaste a condição pessoal de mulher, estendendo os efeitos da Lei aos homens que estejam numa situação idêntica de violência doméstica ou familiar.

⁹⁸ João Paulo de Aguiar Souza e Tiago da Fonseca apud CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 32.

⁹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 38.

¹⁰⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 52.

É preciso, então, que o Estado adote medidas para garantir que homens e mulheres sejam tratados igualmente, tanto nos seus direitos quanto em suas obrigações, porque somente assim a justiça prevalecerá.

4. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006)

Este capítulo enfatizará os princípios da taxatividade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, igualdade e isonomia, bem como o balanceamento dos preceitos ora elencados e, também, para finalizar, discorrerá sobre a aplicação da Lei Maria da Penha e sua finalidade.

4.1 PRINCÍPIOS NORMALMENTE CITADOS COMO CRÍTICA À LEI

Antes de adentrar na discussão sobre alguns aspectos relacionados com os princípios da taxatividade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, igualdade e isonomia, faz-se necessário conceituar “princípio”.

A palavra “princípio” deriva do latim *principium, principii*¹⁰¹ e está associada à idéia de começo, origem, base, sendo o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer¹⁰². No entender de Plácido e Silva, esta palavra pode exprimir o “começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir”, sendo “o indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa”¹⁰³.

Humberto Ávila acrescenta que “os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra

¹⁰¹ MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001, p. 83. Sobre o tema ver também: ALVES, Francisco de Assis. A supremacia dos princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 511.

¹⁰² MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001, p. 83. Além disso, “o étimo da palavra princípio, do latim *principium*, significa em primeiro lugar, início, começo, ponto de partida. Tal como no seu fundamento axiológico, no sentido filosófico e no sentido legal”. (ALVES, Francisco de Assis. A supremacia dos princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 511).

¹⁰³ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4 v. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 447. Encontra-se também em: GRECO, Rogério. Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade do livro. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 284.

aplicável ao caso concreto”. Além disso, considera que os princípios possuem conseqüências normativas. Isso porque, de um lado, o motivo ao qual o princípio se refere deve ser relevante em relação ao caso concreto. De outro lado, porque se deve adotar certo tipo de comportamento para a realização ou preservação de um direito. Outrossim, “apesar dos princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode [...] indicar as espécies de comportamentos a serem adotados”¹⁰⁴, ou seja, a aplicação dos princípios pode ser útil também nos casos em que a lei é omissa ou quando é discriminatória, como no caso da lei em análise que, a princípio, foi criada apenas para ser aplicada às vítimas femininas nos casos de violência doméstica. Diz-se isso porque, considerando-se o princípio da isonomia, homens e mulheres são iguais perante a lei, motivo pelo qual não deveriam existir leis que separassem homens e mulheres, crianças e idosos, por exemplo.

Em sentido jurídico, a palavra princípio, especialmente no plural, quer significar:

as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito¹⁰⁵.

Sobre os princípios constitucionais, Patrícia Fontes Marçal caracteriza que os “mesmos são indispensáveis na sua função ordenadora não só porque harmonizam e unificam o sistema constitucional, como também revelam a nova idéia de Direito (noção do justo no plano de vida e no plano político)”. Expressam, portanto, “o conjunto de valores que inspirou o

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. p. 31-35.

¹⁰⁵ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4 v. Rio de Janeiro: Forense. 1996, p. 447.

constituente na elaboração da Constituição, orientando ainda as suas decisões políticas fundamentais”¹⁰⁶.

Também, neste sentido, posiciona-se Alves:

os princípios constitucionais possuem a função de ordenar, condicionar, iluminar a interpretação das normas jurídicas em geral. Possuem qualidade normativa especial, na medida em que conferem coesão ao sistema jurídico. [...] Lançam sua força sobre todo o mundo jurídico, ascendem eles a uma posição muito mais ampla do que meras normas estabelecedoras de preceitos singulares. [...] Eles densificam o sentido das leis. Desse modo, forçoso reconhecer, nos princípios, a honradez de conferirem validade e efetividade a todas e a cada uma das normas do sistema jurídico, como algo específico, permanente e unificante¹⁰⁷.

4.1.1 Princípio da taxatividade

Segundo Flávio Augusto Maretti Siqueira e Márcio Zuba de Oliva, o princípio da taxatividade é um sub-princípio da legalidade que determina que o legislador tem o dever de “delinear com clareza os elementos fundantes do tipo de injusto”, apresentando, assim, “um texto que prime pela determinação da conduta ilícita, das elementares circunstâncias e fatores influenciadores na configuração dos contornos da tipicidade e sua respectiva consequência jurídica”. Portanto, “a lei penal deve ser precisa, taxativa e determinada”¹⁰⁸.

De mesma opinião, Silmara Aguiar Mendez afirma que:

A lei Penal deve ser clara e precisa, de forma que o destinatário da lei possa compreendê-la, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa. Implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder

¹⁰⁶ MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001, p. 84

¹⁰⁷ ALVES, Francisco de Assis. A supremacia dos princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 511.

¹⁰⁸ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti; OLIVA, Márcio Zuba de. *O princípio da legalidade ou reserva legal no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1751>>. Acesso em: 16 maio 2010, p. 6.

Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos¹⁰⁹.

Também, neste sentido, posiciona-se Danielle Gonçalves, para quem “os tipos penais devem ser claros e precisos, ou seja, o legislador, ao elaborar a figura típica, não deve deixar margens a dúvidas, nem utilizar termos genéricos, muito abrangentes”, pelo fato de que “a lei só irá realizar a sua função preventiva, motivando o comportamento humano, se for acessível a todas as pessoas, em todos os níveis sociais”¹¹⁰.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes descreve que “é mister que a lei defina o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torná-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro de limites não exagerados”. Deste modo, considera que o legislador, “quando elabora a norma, deve proceder de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido”¹¹¹.

Corroborando com os demais autores elencados Francisco de Assis Toledo quando expõe com clareza que “a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”, ou seja, a lei penal deve ser acessível a todos, juristas ou não, para que “possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano”¹¹².

Assim, em relação à Lei Maria da Penha, deve-se dizer que aqui o princípio da taxatividade se faz presente em relação ao fato da lei determinar que o seu sujeito de aplicação **é a mulher** (independente de classe, raça, etnia,

¹⁰⁹MENDEZ, Silmara Aguiar. *Princípios penais e penais constitucionais*. Disponível em: <<http://www.monografias.br/brasilecola.com/direito/principios-penais-constitucionais.htm>>. Acesso em: 16 maio 2010, p. 1.

¹¹⁰GONÇALVES, Danielle. *O princípio da legalidade penal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2198/O-principio-da-legalidade-pena>>. Acesso em: 16 maio 2010, p. 1.

¹¹¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro apud SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti; OLIVA, Márcio Zuba de. *O princípio da legalidade ou reserva legal no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1751>>. Acesso em: 16 maio 2010, p. 6.

¹¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 29. Encontra-se também em: SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti; OLIVA, Márcio Zuba de. *O princípio da legalidade ou reserva legal no direito penal brasileiro*, Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1751>>. Acesso em: 16 maio 2010, p. 6.

orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião) vítima de violência doméstica.

No entanto, como bem definido por Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar,

a criminalização do homem enquanto tal encontra-se especificamente no art. 7º, II, da lei, que define uma das modalidades da violência doméstica e familiar contra as mulheres: a chamada “violência psicológica”. Em quatro linhas, o inciso trata de uma miríade de condutas que causem “dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações”. A violência psicológica é de ação livre, ou seja, pode ser cometida por qualquer meio que possa atingir os resultados previstos. **A lei, porém, enumera um rol exemplificativo de condutas: “ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir”. A despeito de a ameaça e o constrangimento estarem previstos como crimes no Código Penal, as outras condutas são conceituadas de modo excessivamente aberto, em flagrante violação ao princípio da taxatividade.**¹¹³

Assim, a Lei Maria da Penha, por não ser clara em sua totalidade, fere o princípio da taxatividade.

4.1.2 Princípio da proporcionalidade

Para Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, o princípio da proporcionalidade, apesar de não previsto de forma expressa pela Constituição Federal se consagra como de “suma importância no Estado Democrático de Direito”, pois advém de diversos dispositivos expressos no texto constitucional, dentre os quais o estabelecimento do Estado Democrático de Direito (art. 1º), e o princípio da igualdade (art. 5º, III)¹¹⁴.

¹¹³ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. *Lei Maria da Penha e a criminalização do masculino*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1466, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10117>. Acesso em: 15 mar. 2010, p. 2.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Princípios constitucionais de direito penal e processual penal. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto, AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p.182-183.

Acrescenta, também, que a política criminal do Estado deve assentar-se em dois princípios fundamentais expressos na Constituição, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana e da liberdade, pois:

não basta que se considere uma pessoa responsável por determinado fato criminoso para motivar a imposição da pena, necessário ainda que a gravidade desta seja proporcional à infração cometida, visando preservar, em todas as situações, a liberdade do indivíduo, a qual somente deverá ser cerceada em casos de comprovada necessidade¹¹⁵.

No dizer de Rogério Sanches Cunha, tal princípio “trata-se de verdadeiro juízo de intensidade (justa medida), onde são colocados meios e fim em equação mediante um juízo de ponderação, avaliando-se se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim”¹¹⁶.

De acordo com Tupinambá Nascimento, o princípio da proporcionalidade nada mais é que:

uma adequada e razoável relação entre os fins determinados numa norma e os meios previstos para seu correto exercício, de tal maneira que, quebra a proporcionalidade entre os fins e os meios, há o arbítrio estatal. O princípio da proporcionalidade, assim, objetiva o controle, fiscalização e obstáculo à ocorrência dos meios excessivos e abusivos¹¹⁷.

Do ponto de vista de Mello, o Direito Penal, como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais, não pode abstrair-se do princípio da proporcionalidade para a concretização de seus fins, pois, como assinalado por Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, “a justiça proporcional é uma espécie de igualdade proporcional, em que cada um deve receber de forma proporcional ao seu mérito”, ou seja, repudia tanto o excesso quanto a carência. Desta forma, para Aristóteles, a sua igualdade proporcional representa uma “conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo

¹¹⁵ OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Princípios constitucionais de direito penal e processual penal. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto, AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p.182-183.

¹¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Uma breve síntese dos postulados constitucionais*. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 27.

¹¹⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: princípios fundamentais – Artigos 1º a 4º* - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1997, p. 107.

com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional”¹¹⁸.

Em Paulo Queiroz, vamos encontrar o seguinte esclarecimento:

que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos¹¹⁹.

Deste modo, quando se usa a Lei Maria da Penha ao caso concreto, deve-se considerar o tipo de agressão, sua intensidade, se houve reincidência, ou seja, a proporcionalidade estará presente desde a constatação da agressão até a aplicação da penalidade prevista na lei (art. 44). Assim, tem-se que a penalidade aplicada deverá ser proporcional ao tipo de agressão sofrida, de modo que haja “conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência”¹²⁰.

¹¹⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da proporcionalidade do direito penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 203-204.

¹¹⁹ QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45. Encontra-se também em: CUNHA, Rogério Sanches. Uma breve síntese dos postulados constitucionais. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 27.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03 jun. 2010, p.40. Encontra-se também em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/sarlet.rtf>>. Acesso em: 03 jun. 2010, p. 40.

4.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

De acordo com Corrêa, “a etimologia da palavra dignidade nos leva ao termo latino *dignus*, o qual identifica aquele que merece estima e honra; aquele que é importante”¹²¹.

O conceito de dignidade humana, segundo Carvalho, construiu-se por meio das “situações negativas, como a escravidão, o preconceito racial, o racismo, as perseguições, a inquisição, o nazismo e o genocídio”. Decorreu do reconhecimento (valoração), pelo homem, da sua existência em outros homens, animais e coisas, ou seja, “o homem conquistou a sua dignidade como ser”, tornando a palavra dignidade, “que era vaga, em algo concreto e real e isso ocorreu por meio do direito, ou seja, a dignidade humana só existe porque consagrada como princípio pelo ordenamento jurídico”¹²².

Na visão de Rogério Greco,

embora de difícil tradução, podemos nos esforçar para tentar construir um conceito de dignidade da pessoa, entendida essa como uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, em muitas situações, considerado, ainda, como irrenunciável e inalienável. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor¹²³.

Carvalho esclarece ainda que, em nosso sistema normativo, este princípio funciona “como um rio principal ao qual afluem todos os demais princípios como seus caudatários. Ele é o princípio máximo, em relação ao qual

¹²¹ CORRÊA, André L.. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p.115.

¹²² CARVALHO, Rubens Miranda de. Dignidade humana: o superprincípio constitucional. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 906-908.

¹²³ GRECO, Rogério. Principiologia penal e garantia constitucional à Intimidade. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 90.

os outros são menores, mesmo porque, o homem – e somente ele – é a medida do Direito”¹²⁴.

No dizer de Côrrea, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a estabelecer uma normatividade sobre a dignidade humana. Isso porque o valor da dignidade humana “não foi somente enaltecido quando da fixação dos princípios fundamentais (art. 1º, III)”, mas, ao fixar que “a ordem econômica teria por fim assegurar a todos uma existência digna (art.170, caput), que o planejamento familiar deve se fundar nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º) e assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput)”¹²⁵.

A Constituição Federal de 1988 no seu art. 1º, III, dispõe como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Sua importância está bem ilustrada na lição de Alexandre de Moraes:

esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹²⁶.

Como descrito por Greco, a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional, “deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação

¹²⁴ CARVALHO, Rubens Miranda de. Dignidade humana: o superprincípio constitucional. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 906-908.

¹²⁵ CÔRREA, André L. Costa. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p.117.

¹²⁶ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 19 ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 16. Encontra-se também em: CUNHA, Rogério Sanches. Uma breve síntese dos postulados constitucionais. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 24.

legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores”¹²⁷.

Para Amauri Nascimento, “a dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é uma questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais”¹²⁸.

Afirma Coelho, que a dignidade humana “é uma razão ética, na medida em que a racionalização da convivência humana somente será aceita se for fundada na dignidade dos seres humanos em sociedade”. Isto se dá pelo fato de os homens não possuírem entre si “diferenças ontológicas apriorísticas que possibilitem sua desigualdade e impeçam sua autodeterminação no mundo”¹²⁹.

É sobretudo importante assinalar que, a dignidade humana e a cidadania, direitos fundamentais da República Federativa do Brasil, não podem, como caracteriza Cecília Marcondes, “ser desconsiderados pelo legislador infraconstitucional e pelo aplicador do Direito, de modo que vários direitos humanos são tutelados por mais de um instrumento normativo, seja de alcance geral ou específico”¹³⁰.

João Paulo Gavazza de Mello expõe que:

a dignidade da pessoa humana, portanto, depende de proteção e garantia dos direitos fundamentais sem os quais a mesma não se realiza. E neste contexto, o Direito Penal, enquanto instrumento de tutela dos bens jurídicos essenciais ao homem, assume a missão

¹²⁷ GRECO, Rogério. Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 93.

¹²⁸ NASCIMENTO, Amauri. Direito constitucional e direito do trabalho. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 99.

¹²⁹ COELHO, Edihermes Marques *apud* CORRÊA, André L. Costa. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental, do livro *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*, p. 106-7. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 116.

¹³⁰ MARCONDES, Cecília Maria P. A educação, a cidadania e a dignidade humana. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 266.

constitucional de resguardo da dignidade humana, razão pela qual sua aplicação prática nunca pode se desvencilhar da sua matriz constitucional¹³¹.

O autor acrescenta ainda que “a presença do valor supremo da dignidade humana no Direito Penal consiste em providência vital para que sejam preservados os direitos do homem e sua própria condição de existência”. Precisa, portanto, ser observada e respeitada pelo Direito Penal, “sob pena do mesmo ser responsável pelo aniquilamento da condição humana, tornando o homem um ser nulo, desprovido do reduto que assegura sua própria essência vital”. Indubitável, pois, a obrigação do Estado em agir na busca permanente para a realização deste princípio, “seja praticando atos, seja legislando com o intuito de eliminar qualquer obstáculo à concretização da dignidade do homem”¹³².

Ao ensejo da conclusão deste item, em Bodin de Moraes vamos encontrar o seguinte esclarecimento:

o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se no princípio da igualdade, vez que esse possibilita que os indivíduos não sejam submetidos a qualquer tratamento discriminatório, possibilita que os indivíduos tenham direitos iguais aos dos demais indivíduos¹³³.

Deste modo, considerando que a dignidade humana está diretamente relacionada com o princípio da igualdade, deve-se lembrar que a lei em análise, neste ponto, torna-se discriminatória “porque agride de forma frontal o caput do art. 5º da Constituição da República quando diz que todos são iguais perante a lei”¹³⁴, ou seja, se todos são iguais merecem tratamento

¹³¹ MELLO, João Paulo Gavazza de. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 286.

¹³² MELLO, João Paulo Gavazza de. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.) *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 304 e 334.

¹³³ BODIN DE MORAES, Maria Celina apud CORRÊA, André L. Costa. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 117. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto, AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (coordenadores). *PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p.116.

¹³⁴ OLIVEIRA, Débora Cibele. Lei Maria da Penha: discriminação aos homens? Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24187/lei-maria-da-penha-discriminacao-aos-homens>>. Acesso em: 20 maio 2010, p. 1.

igual, motivo pelo qual a lei fere o princípio da dignidade humana e da igualdade.

4.1.4 Princípio da igualdade

A Constituição Federal de 1988 consagrou, dentre os direitos fundamentais, o princípio da igualdade. A ênfase a tal princípio, segundo Isidório, encontra-se já enunciada no Preâmbulo espalhando-se por inúmeros outros dispositivos, dos quais se destacam o art. 3º, incisos III e IV, o art. 5º, *caput* e inciso I, e o art. 226, §§ 5º e 8º, que assim dispõem:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

[...]

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...]

§8º O Estado assegurará à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações¹³⁵.

No dizer de Aguiar Filho, “a doutrina constitucional brasileira se alinha no sentido de que o princípio implica a necessidade de observância da

¹³⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado Federal, 1988. Encontra-se também em: ISIDÓRIO, Jéferson Ricardo. *Análise da Lei Maria da Penha e o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres*. 2008. 81 f. Monografia (Curso de Especialização em Processo Civil) – Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão. 2008, p. 13.

igualdade perante a lei (igualdade formal) e da igualdade na lei (igualdade material)”¹³⁶.

Conforme esclarece Maria Berenice Dias, a igualdade formal, “que é a igualdade de todos perante a lei”, não entra em conflito com o princípio da igualdade material, “que é o direito à equiparação por meio da redução das diferenças sociais”. Para a autora é clara a “intenção do novo sistema jurídico de consagrar a máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam”¹³⁷.

Em consonância com o disposto acima, Aguiar Filho complementa:

De um lado, deve o legislador, na elaboração das normas jurídicas, abster-se de criar favorecimentos ilegítimos entre os indivíduos, impondo-se que, paralelamente, estabeleça regimes normativos diferenciados em face de situações jurídicas distintas, em atenção aos preceitos constitucionais. Igualdade material, portanto, não significa lei igual para todos, mas lei direcionada a interferir na realidade fática, quando necessário, a fim de equilibrar as relações entre os homens. Em complementação recíproca, a igualdade formal implica a exigência de que a lei, tal como elaborada pelo legislador em atenção à idéia de igualdade material, seja aplicada sem distinções. Em outras palavras, não se admite que, diante do caso concreto, a lei seja aplicada de forma diferenciada em função do sujeito a ser beneficiado ou prejudicado¹³⁸.

Em virtude dessas considerações, Ferreira Filho, coloca-nos que o primeiro significado do princípio constitucional de igualdade, “é o da uniformização do estatuto jurídico para todos os homens”, ou seja, “a igualdade perante o direito geral, perante o direito como sistema”. Resultando, por tais razões, a proibição de distinções quanto ao estado jurídico ou privilégios de qualquer espécie. Assim, “todos são *iguais perante a lei* significa, pois, antes de mais nada, que o Direito é um só para todos os homens, vedadas as discriminações e os privilégios”¹³⁹.

¹³⁶ AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais. Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 252.

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004, p. 25.

¹³⁸ AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais. Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 253.

¹³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 28.

Do ponto de vista de Maria Berenice Dias, os homens e as mulheres só serão iguais quando a sociedade entender que a “igualdade é o respeito à diferença”, ou seja, estaremos igualmente libertos, pois a “igualdade é o pressuposto da liberdade”, sendo esses requisitos imprescindíveis “para o desenvolvimento pleno e sadio da família, a qual deve valorar e praticar a solidariedade e o afeto, elementos estruturantes do ser humano”. Assim, deve-se atentar não à igualdade perante a lei, mas, sobretudo, no direito à igualdade eliminando-se as desigualdades, “o que impõe o estabelecimento de diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição Federal”¹⁴⁰.

Maria Berenice Dias acrescenta ainda que:

O simples estabelecimento do princípio da igualdade, no entanto, não logrou eliminar as diferenciações existentes. A necessidade de obediência ao preceito constitucional não pode ser vista como infringência ao princípio isonômico a adoção de posturas que gerem normas jurídicas e decisões judiciais protetivas, que, atentando na realidade, visam a propiciar o equilíbrio para assegurar o direito à igualdade¹⁴¹.

No aspecto penal, segundo Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, o princípio da igualdade se refere “à criação de leis gerais, dirigidas a todos os cidadãos. Nesse ponto, limita-se o poder punitivo estatal na medida em que não permite a criação de leis discriminatórias”¹⁴².

No processo penal, conforme descrito por Rogério Sanches Cunha, com a adoção do princípio da igualdade, “vedam-se diferenciações *arbitrárias*, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é corolário do próprio conceito de Justiça”¹⁴³.

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004, p. 52 e 74.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004, p. 25

¹⁴² AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. O elemento democrático e antidemocrático nas constituições brasileiras: as perspectivas da democracia no Brasil. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p.180.

¹⁴³ CUNHA, Rogério Sanches. Uma breve síntese dos postulados constitucionais. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 26.

De acordo com Aguiar Filho, em consonância com o disposto na Constituição Federal, no Direito Penal o princípio da igualdade deve ser observado:

não apenas na formulação da lei, mas também na sua aplicação. Na formulação da lei, e mais especificamente na elaboração dos tipos penais, importante a noção de bem jurídico como fundamento da intervenção penal. As normas penais devem ser criadas com o objetivo de proteger valores legítimos para a sociedade. A imposição da mais severa dentre as sanções legais só deverá ocorrer quando houver uma significativa violação de interesses relevantes¹⁴⁴.

Em Patrícia Fontes Marçal, vamos encontrar que a igualdade é chamada pelos doutrinadores de igualdade substancial e consiste na “equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres”, postulando tratamento “uniforme de todos os homens”. “Não se trata de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”¹⁴⁵.

Acrescenta também que é:

insuficiente portanto a afirmação de que o princípio da igualdade consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. A afirmativa é tautológica, ou seja, devemos saber quem são os iguais e quem são os desiguais. O princípio resta vago uma vez que pode lesar as pessoas que deveriam estar incluídas na norma, e algumas vezes, deixar de acolher outras que deveriam estar envolvidas pela norma¹⁴⁶.

Além do já descrito no último parágrafo, referente ao princípio da dignidade da pessoa humana, cabe salientar que a Lei Maria da Penha, pelo fato de excluir as vítimas masculinas de seu foco de aplicação, fere também o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal, em seu art. 7º, XXX, que proíbe qualquer forma de discriminação fundada em motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

¹⁴⁴ AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais. Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 253.

¹⁴⁵ MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001, p. 98.

¹⁴⁶ MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001, p. 99-100.

4.1.5 Princípio da isonomia

Segundo Navarro, o princípio da isonomia “é o que assegura a igualdade das partes, e advém da garantia constitucional, é o tratamento igualitário a todos os cidadãos perante a lei”. Encontra-se disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que assim dispõe: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”¹⁴⁷.

No dizer de Oliveira, isso implica afirmar que:

o Estado não pode fazer diferenciações infundadas e irracionais para certas pessoas em detrimento de outras, que, dadas suas condições, possuem direitos aos mesmos direitos e se sujeitam às mesmas vedações. A isonomia se volta para o legislador, que deve desigualar para nivelar, e não o contrário, desigualar os iguais, porque neste último caso implica discriminar. Significa dizer que a norma pode fazer distinções a quem se situa em patamar diferente de outrem, mas não pode criar privilégios ou restrições a pessoas em estado de receber o mesmo tratamento jurídico. [...] A isonomia constitucional assentada no caput do art. 5º da Constituição também se caracteriza pela obediência ao devido processo legal. Por isso é necessário haver, em abstrato, a isonomia perante a lei e, no caso concreto, perante o órgão judicante, com vistas a garantias constitucionais processuais. Isto é, o legislador e o julgador precisam realizar a desigualdade aparente como meio para alcançar uma norma equânime e uma justiça igualitária.[...] Diante do caso concreto, compete ao juiz dar tratamento isonômico às partes e agir de forma que a desigualdade não seja fator de patentes injustiças. Para estar de acordo com a igualdade processual, toca-lhe o dever de atuar de modo a assegurar aos litigantes os meios necessários para que vença aquele que está com a razão, e não aquele que por ser hipersuficiente no âmbito material, tenha o beneplácito da Justiça e do processo em detrimento do hipossuficiente, este inferiorizado, pelo menos diante do Estado-Juiz¹⁴⁸.

No dizer de Marcelo Viveiros Cajueiro, a Constituição Federal trabalha em busca da “igualdade dos desiguais criando desigualdades, ou seja, por meio de alguns dispositivos promove uma aparente injustiça/desigualdade

¹⁴⁷ NAVARRO, Roberto Junqueira. *Princípios constitucionais de isonomia e dignidade da pessoa humana em relação à Lei 11.340/06*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/issue/view/34>>. Acesso em: 03 maio 2010, p. 2. Encontra-se também em: CAJUEIRO, Marcelo Viveiros. *Hermenêutica constitucional e princípio da isonomia*. Disponível em: <<http://www.uff.br/direito/artigos/Artigo de Direito Constitucional.htm>>. Acesso em: 16 maio 2010, p.1.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *O Direito à razoável duração do processo após a emenda constitucional n. 45/2004*. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. (Coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 23-24.

para administrar o princípio da isonomia”. Assim, trata desigualmente os desiguais com a finalidade de torná-los iguais de fato, como consta em seu “artigo 5º, inciso I, quando iguala formalmente os integrantes do sexo masculino e feminino no que tange aos direitos e obrigações”¹⁴⁹.

Para Maria Berenice Dias, “leis voltadas a parcelas da população merecedoras de especial proteção procuram igualar quem é desigual, o que nem de longe infringe o princípio isonômico”¹⁵⁰.

Aqui, destaca-se que a Lei Maria da Penha, ao dar tratamento privilegiado à mulher, vítima de violência doméstica, “em detrimento do homem, em igual situação”, fere o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal¹⁵¹.

4.2 APLICAÇÃO DA LEI PARA A VÍTIMA FEMININA

A Lei 11.340/2006 foi promulgada com o claro objetivo de “criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”.

De acordo com Maria Berenice Dias, há uma qualidade especial: ser mulher, ou seja, o **sujeito passivo** dessa relação será somente pessoas do **sexo feminino**, incluindo-se “esposas, companheiras ou amantes, filhas, netas, mãe, sogra, avó, ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar” com o agressor (a), bem como, “as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis”, que tenham identidade feminina”¹⁵².

Como descrito por Cunha e Batista Pinto,

¹⁴⁹ CAJUEIRO, Marcelo Viveiros. *Hermenêutica constitucional e princípio da isonomia*.

Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16526/16090>>.

Acesso em: 16 maio 2010, p.1,

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p.55.

¹⁵¹ LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. Lei Maria da Penha: inconstitucional por quê? Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1505, 15 ago. 2007. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10283>>. Acesso em: 22 maio 2010, p.2.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 41.

a Lei 11.340/2006 extraiu do caldo da violência comum uma nova espécie, qual seja, aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5º). Nesses casos, a ofendida passa a contar com precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão. Não queremos deduzir, com isso, que apenas a mulher é potencial vítima de violência doméstica. Também o homem pode sê-lo, conforme se depreende da redação do § 9º, do art. 129 do CP, que não restringiu o sujeito passivo, abrangendo ambos os sexos. O que a lei em comento limita são as medidas de assistência e proteção, estas sim aplicáveis somente à ofendida (vítima mulher)¹⁵³.

4.3 APLICAÇÃO DA LEI PARA A VÍTIMA MASCULINA

Segundo Marlene Neves Strey, a violência doméstica não paira somente sobre as mulheres e/ou crianças, mas também, em alguns casos, o marido é vítima da violência de sua esposa. Entretanto, segundo Baested, citado por Marlene, “esse percentual é bastante reduzido”, pois quase não aparece em registros e não é muito divulgada, porque “se um homem é vítima da violência de sua mulher, o estigma e o esperado ridículo forneceria amplas razões para esconder o que aconteceu”¹⁵⁴.

Assim, conforme esclarece Moreira, “ser punido por atos que inevitavelmente ocorrem no cotidiano de um casal, significa penalizar o homem como tal e não os fatos em si”. Assim, **“ser homem pode ser um crime, exceto se pertencer a alguma minoria legalmente protegida, como negros, índios, idosos, crianças, adolescentes e, em um futuro próximo, homossexuais”**. Nestes termos, parece que “a ‘condição moralmente inferior’ do homem pode ser ‘compensada’ pelo fato de que a lei o considera também como uma vítima!” (grifo nosso)¹⁵⁵.

¹⁵³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p.30

¹⁵⁴ STREY, Marlene Neves. *Violência e gênero: um casamento que tem tudo para dar certo*. In: GROSSI, Patrícia K.; WERBA, Graziela C. (Org.). *Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2001, p. 60.

¹⁵⁵ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. *Lei Maria da Penha e a criminalização do masculino*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1466, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10117>. Acesso em: 15 mar. 2010, p. 2.

Em virtude do acima exposto, convém registrar o que nos diz Arthur Luiz Pádua Marque:

é de conhecimento de todos que nos dias hodiernos a violência contra a mulher ocorre mais freqüentemente. Mesmo observando este dado, a lei ora comentada fala genericamente em “mulher”, ou seja, mãe, filha, avó, etc. Se um pai comete violência contra sua filha não terá ele vários benefícios da Lei 9099/95. (Ex. Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo) e será alcançado pela nova lei; mas se comete qualquer violência contra seu filho (menor, por exemplo) ou contra seu pai (idoso, por exemplo), terá, em tese, vários benefícios da lei 9099/95 e não será abrangido pela lei “Maria da Penha” contraindo ainda a importante proteção à criança ou adolescente e também ao idoso.

Diante do já mencionado, faço a seguinte indagação: Será que não há violência no âmbito familiar contra um filho (sexo masculino)? Será que não há violência familiar contra um homem idoso? Será que uma criança de 5 anos de idade, que seja do sexo masculino, tem mais possibilidade de se defender do que uma outra da mesma idade que seja do sexo feminino? Será que um pai com 70 anos de idade não seria tão frágil quanto sua esposa com a mesma idade?¹⁵⁶.

Em consonância com o acatado, Ávila entende ser admissível o deferimento de medidas protetivas de urgência em favor dos homens, por analogia, pois:

há que extrair a máxima efetividade da norma em comento, cujo espírito é proporcionar uma proteção o mais eficiente possível às vítimas de violência em situação de fragilidade, como é o caso das mulheres, assim como das crianças, idosos e portadores de necessidades especiais ou mesmo homens em outras situações de violência. Assim, considerando que o estabelecimento das medidas protetivas de urgência é feita em norma processual e que esta admite a aplicação da analogia (CPP, art. 3º), entendo que é admissível o deferimento de medidas protetivas de urgência em favor de vítimas homens, por analogia, e com fundamento no poder geral de cautela do juízo, em atenção ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais¹⁵⁷.

A guisa de exemplo, pode-se citar o caso de Mato Grosso onde a Lei 11.340 foi aplicada por analogia, pela primeira vez, em entendimento inovador pelo Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal

¹⁵⁶ MARQUE, Arthur Luiz Pádua. *A inconstitucionalidade da Lei “Maria da Penha”*. Disponível em:

<http://www.r2learning.com.br/site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1016_A_inconstitucionalidade_da_Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em: 03 maio 2010, p.1.

¹⁵⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Lei Maria da Penha: uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>>. Acesso em: 03 maio 2010, p. 5.

Unificado de Cuiabá, “em defesa de um homem, por não existir lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica”. O autor sofria ameaças de agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte da ex-mulher¹⁵⁸.

Na decisão escreveu o magistrado o seguinte:

[...] Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível? A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há pena sem prévia cominação legal”. Se não podemos aplicar a analogia in *malam partem*, não quer dizer que não podemos aplicá-la in *bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in *bonam partem*: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Anibal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiroz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal – Parte Geral - 10ª Ed. pag. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há

¹⁵⁸ VIANNA, Clarice Lopez. *Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e a Lei Maria da Penha*. 2008. 88 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis/CESUSC, Florianópolis, 2008, p. 53. Encontra-se também em (1) *CONSULTOR JURÍDICO. Por analogia: Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <www.conjur.com.br/static/text/71290,1>. Acesso em: 20 maio 2010; p.1.(2) ISIDÓRIO, Jeferson Ricardo. *Análise da Lei Maria da Penha e o princípio constitucional da igualdade entre os homens e mulheres*. 2008. 81 f. Monografia (Especialização em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2008, p. 39; (3) OLIVEIRA, Fábio Dantas de. *Uma breve análise da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12330>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p. 4-5; (4) *JUS BRASIL. Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protger-homem>>. Acesso em: 20 maio 2010, p.1.

elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. Que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior de 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. Que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C.¹⁵⁹.

4.4 A FINALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Segundo Sérgio Ricardo de Souza, a Lei 11.340/2006, em seu artigo 1º, objetiva “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, ou seja, sua finalidade é trazer segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Sendo que:

no aspecto objetivo (físico-espacial) a lei direciona-se especialmente a combater os fatos ocorridos no âmbito doméstico, familiar ou intrafamiliar, ao passo em que no contexto subjetivo, a preocupação é a proteção da mulher contra os atos de violência praticadas por homens ou mulheres com os quais ela tenha ou haja tido uma relação marital ou de afetividade, ou ainda por qualquer pessoa (não importando sequer a orientação sexual), com as quais conviva no âmbito doméstico e familiar, tais quais o pai, o irmão, o cunhado, a filha, o filho, a neta, o neto etc. ou com quem mantenha ou já tenha mantido relação de intimidade, não havendo em relação a essas pessoas a exigência de que a violência tenha ocorrido no âmbito físico-espacial do lugar de convivência, podendo ocorrer em qualquer lugar¹⁶⁰.

E, quanto às pessoas que não tenham vínculo doméstico, familiar ou de afetividade, acrescenta que as mesmas não são alcançadas pelas regras da

¹⁵⁹ VIANNA, Clarice Lopez. *Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e a Lei Maria da Penha*. 2008. 88 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis/CESUSC, Florianópolis, 2008, p. 53. Encontra-se também em (1) *CONSULTOR JURÍDICO. Por analogia: Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <www.conjur.com.br/static/text/71290,1>. Acesso em: 20 maio 2010; p.1.(2) ISIDÓRIO, Jeferson Ricardo. *Análise da Lei Maria da Penha e o princípio constitucional da igualdade entre os homens e mulheres*. 2008. 81 f. Monografia (Especialização em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão. 2008, p. 39; (3) OLIVEIRA, Fábio Dantas de. *Uma breve análise da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12330>>. Acesso em: 9 fev. 2010, p. 4-5; (4) *JUS BRASIL. Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protger-homem>>. Acesso em: 20 maio 2010, p. 2.

¹⁶⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06*. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá. 2008, p. 36

Lei Maria da Penha, a não ser que tenham atuado em concurso com alguma daquelas pessoas já mencionadas. Assim, “pessoas do sexo masculino, que também possam merecer uma especial proteção e que possam vir a ser vítimas de agressão no âmbito doméstico e familiar não foram contemplados nesta norma”¹⁶¹.

No dizer de Leal, a principal política pública, nos termos apresentados pela Lei Maria da Penha, é a que tem por objetivo “coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, devendo ser formulada e colocada em prática por meio de um “conjunto articulado de ações do poder público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e ações não-governamentais” e, quem estabelece expressamente as diretrizes desta política é a própria lei, denominadas de “medidas integradas de prevenção à violência, de repressão ao ofensor e de assistência à ofendida”, presentes em seu artigo 8º e incisos¹⁶².

Na opinião de Guilherme de Souza Nucci,

a introdução da expressão *com violência contra a mulher na forma da lei específica* somente teria um efetivo caráter inovador se levássemos em conta o disposto no art. 5º, III, desta Lei. Entretanto, esse dispositivo, por se tratar de algo aberto, sem respeito ao princípio da taxatividade, não nos parece cabível. Portanto, a nova hipótese de agravamento da pena é, em linhas gerais, oca. A mulher, quando agredida nas relações domésticas já tinha abrigo na previsão do art. 61, II, f, segunda parte, do Código Penal: *prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*. Quando agredida no contexto familiar, contava com a mais severa punição ao agressor prevista no art. 61, II, e, do Código Penal: *contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge*. Tratando-se de união estável, encaixava-se a situação nas relações domésticas ou de coabitação. Pelo exposto, não vemos utilidade na inclusão de mais uma modalidade de agravamento da pena, sob pena de vulgarização da elevação da sanção penal em detrimento da legalidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima do Direito Penal¹⁶³.

Sérgio Ricardo de Souza considera que “não parece correto afirmar que haja similitude entre a situação da mulher vítima de violência doméstica

¹⁶¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Lei Maria da Penha 11.340/06. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá. 2008, p. 36

¹⁶² LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei 11.340/2006. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>>. Acesso em: 3 maio 2010, p. 3.

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 1062.

praticada por homem e a do homem vítima de violência doméstica praticada por mulher”. Isso porque se deve considerar que diversos estudos comprovam que “o fator principal da violência doméstica levada a efeito é o de natureza cultural”, que “sustenta-se principalmente pela idéia de dominação e subordinação de natureza sexista que historicamente o homem vem exercendo sobre a mulher, motivando o agressor a não aceitar condutas ou atos de sua parceira que evidenciem insubordinação a esse *status* cultural”. Considera também que este fator cultural “não se encontra presente em relação aos casos de violência inversa (da mulher contra o homem), o que permite classificar esta espécie de agressão como ordinária ou geral, merecendo um tratamento legal também geral, fora dos específicos limites da Lei 11.340/06, sem que isso evidencie qualquer inconstitucionalidade”¹⁶⁴.

Mas, “como tratar de maneira diferente duas pessoas que praticaram exatamente o mesmo crime tendo por critério o sexo?”. Ou seja, “se a esposa comete o crime de ameaça contra o seu marido é beneficiada pela Lei 9.099/95, mas acontecendo o contrário o marido se submeterá aos rigores da Lei 11.340/2006”, o que significa dizer que “pode ser preso em flagrante, não terá direito as medidas despenalizadoras e, sendo condenado, não poderão ser aplicadas as penas alternativas de multa e prestação pecuniária”¹⁶⁵.

Ao ensejo da conclusão deste item é sobretudo importante assinalar que, “em virtude da controvérsia judicial que se instalou no país sobre a aplicação da Lei Maria da Penha, com decisões que afirmam tanto a inconstitucionalidade, como a constitucionalidade da lei”, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva ingressou, em dezembro de 2007, com “Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC/19) perante o Supremo Tribunal Federal (STF)”, que, até a presente data, não foi julgada¹⁶⁶.

¹⁶⁴ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06*. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá. 2008, p. 40

¹⁶⁵ MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do Juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. 2008. 246 f. Tese de doutorado (em Direito). UFSC, Florianópolis. 2008, p. 117.

¹⁶⁶ PANDJIARJIAN, Valéria. *Lei Maria da Penha: um compromisso para a justiça brasileira. Portal violência contra a mulher*. Campanha dos 16 dias. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1494:lei-maria-da-penha-um-compromisso-para-a-justica-brasileira-valeria-pandjiarjian-site-campanha-dos-16-dias&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 9 fev. 2010, p.1-3. Encontra-se também em: PRUDENTE, Neemias Moretti. *Informe Jurídico & Outros*. Da Constitucionalidade da lei 11.340/06 (lei da violência doméstica) Disponível em:

4.5 BALANCEAMENTO DE PRINCÍPIOS

De acordo com Alda Bastos, os princípios fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 são “fonte dos direitos fundamentais por estarem juridicamente cristalizados na Carta Magna”, fornecendo diretrizes “materiais de interpretação das normas constitucionais”. Portanto, “não se encontra um princípio isolado em ciência alguma, cada um está conexado intimamente com outros e, cada qual um grande todo”¹⁶⁷.

E, segundo Francisco de Assis Alves, é justamente nos princípios constitucionais que,

a Constituição Federal de 1988 prega a legitimidade constitucional, alçada acima de qualquer lei escrita ou de qualquer mandamento governamental. É essa idéia concebida de pressuposto de superlegalidade, que supera outros conceitos positivados. Os Princípios Constitucionais são os vetores, as vigas-mestras do ordenamento jurídico, e vigem de forma a resolver antinomias do sistema. Tal significa que os Princípios Constitucionais devem ser estritamente obedecidos¹⁶⁸.

No dizer de Oliveira, os princípios constitucionais devem ser observados pelo juiz, pelos litigantes e demais pessoas que atuam na vida jurídica, “quanto a que os atos processuais praticados estejam isentos de vícios e alcancem a finalidade maior da verdade e da entrega do bem jurídico tutelado pelo direito a quem tem razão”¹⁶⁹.

Da concepção de Robert Alexy, os princípios constitucionais seriam “verdadeiros mandados de otimização, que se caracterizam pela possibilidade de serem cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das

<http://infodireito.blogspot.com/2008/06/artigo-da-constitucionalidade-da-lei.html>. Acesso em: 9 fev 2010, p.2.

¹⁶⁷ BASTOS, Alba. Algumas ponderações sobre os princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 58-59.

¹⁶⁸ ALVES, Francisco de Assis. A supremacia dos princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 521-522.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O direito à razoável duração do processo após a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. (Coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 2.

possibilidades jurídicas”. Além disso, considera que “quando dois princípios entram em colisão, um princípio cede a outro sem que se torne inválido, de modo que os princípios têm peso distinto e prevalece o princípio com maior peso”¹⁷⁰.

Corroborar com o mesmo entendimento Gustavo Miguez de Mello, quando esclarece que:

a carta Política constituiu um Estado Democrático de Direito que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), estabeleceu entre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV) e, determinou que mesmo nas suas relações internacionais o Brasil rege-se pela prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II). **A Constituição Federal foi além: reconheceu expressamente que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...” (art. 5º, caput), e dispôs que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (grifo nosso)**¹⁷¹.

Segundo Gavazza de Mello, o “valor supremo da dignidade da pessoa humana relaciona-se com o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”, sendo imprescindíveis o “direito à vida, à igualdade, à integridade física e psíquica, à honra, assim como todos os demais direitos fundamentais que tem na dignidade humana uma referência valorativa unificadora”¹⁷².

À guisa de exemplo, o mesmo autor cita que:

a igualdade, enquanto valor que visa a produzir equilíbrio real entre as relações humanas, concretiza, em verdade, a dignidade do homem. Do mesmo modo, a não submissão do homem a penas

¹⁷⁰ ALEX, Robert apud MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 195.

¹⁷¹ MELLO, Gustavo Miguez de. O direito à vida e a dignidade do homem. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005, p. 570.

¹⁷² MELLO, João Paulo Gavazza de. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 285.

degradantes proporciona, também em última análise, a realização e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷³.

Em virtude dessas considerações, Gavazza de Mello acrescenta ainda que o princípio da dignidade humana influencia os demais princípios constitucionais penais, devido seu valor supremo e referência valorativa unificadora, ou seja,

a carga axiológica presente no princípio da dignidade humana possui tamanha expressão que a motivação valorativa de muitos dos princípios constitucionais penais baseiam-se na dignidade humana, pois tem na proteção e defesa dos direitos e garantias do homem o centro da preocupação do legislador constituinte.[...] Com estas reflexões, não se cogita estabelecer uma escala hierárquica entre os princípios constitucionais, de forma a garantir ao princípio da dignidade humana a condição de princípio primeiro por excelência, até porque a Magna Carta prevê expressamente outros princípios, inclusive fundamentais, e na mesma posição topográfica, sendo certo que a matéria melhor se insere na temática dos conflitos aparentes de normas-princípios. [...] O que registra, em verdade, é que princípio, em que pese sua força normativa, sua eficácia imperativa, compõe-se, também e substancialmente, de valor e, como tal, destacamos, neste particular, o especial valor agregado ao princípio da dignidade humana, capaz de ter sido transportado (o valor) pelo próprio legislador constituinte para compor axiologicamente, também, os outros princípios constitucionais.¹⁷⁴

Deste modo, com base em Robert Alexy, considera-se que as colisões entre princípios podem ser solucionadas. Assim, “se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder”. Entretanto, “isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”. Ou seja, considerando-se a colisão entre o princípio da taxatividade, que determina que a Lei Maria da Penha se aplica, apenas, à vítima feminina, e o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que determinam que todos devem ser tratados de maneira igual perante à lei, deve-se considerar que, no caso concreto, os princípios “tem peso diferente e

¹⁷³ MELLO, João Paulo Gavazza de. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 285.

¹⁷⁴ MELLO, João Paulo Gavazza de. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007, p. 292.

que os princípios com maior peso tem precedência”¹⁷⁵. Sendo assim, deveria, quando se usa a Lei Maria da Penha, prevalecer os princípios da dignidade humana e o da igualdade, motivo pelo qual ela também deveria ser aplicada aos homens quando vítimas de violência doméstica.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 93.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

*A violência destrói o que ela
pretende defender:
a dignidade da vida,
a liberdade do ser humano.*
(João Paulo II)

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi promulgada com o objetivo de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Sem dúvida, constitui-se numa finalidade louvável. No entanto, considera-se que há alguns pontos polêmicos merecedores de uma análise mais profunda da doutrina e da jurisprudência, dando ênfase a sua duvidosa constitucionalidade.

Percebe-se que, ao criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica, a Lei desprezou importantes preceitos constitucionais como o que veda a discriminação, seja a de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas.

Além disso, entre os Direitos e Garantias Fundamentais que a Constituição de 1988 preconiza, há o que determina que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I, CF). Assim, não cabe à lei infraconstitucional contrariar conceitos constitucionais ainda que munida de boas intenções, até porque a Constituição Federal não é uma norma qualquer, mas a primeira dentre todas, é Lei suprema.

A Constituição da República, visando evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, estabeleceu taxativamente em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um princípio a ser seguido pela sociedade brasileira. Sabe-se que tal princípio encontra-se no topo de todos os direitos constitucionalmente consagrados, ficando o Estado obrigado a exercer sua promoção visando estabelecer uma vida digna para todos, independentemente de serem homens ou mulheres.

Considera-se que ignorar princípios constitucionais como a isonomia, a igualdade e a proporcionalidade é de todo ilegítimo, pois também

atinge frontalmente dispositivos constitucionais como o parágrafo 5º do art. 226, que preconiza:

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

[...]

§ 5º. **Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.** (grifo nosso).

Portanto, não pode o legislador, com o pretexto de estar cumprindo preceitos constitucionais, coibir a violência doméstica promovendo a desigualdade entre homens e mulheres, pois tal violência atinge ambos os sexos, não havendo motivo para um tratamento diferenciado. Ademais, a Constituição Federal tem por objetivo construir uma sociedade livre, **justa e solidária** e não será através da criação de novas discriminações que a Lei Maria da Penha irá atingir esses objetivos.

Talvez a solução para o problema, como sugere Arthur Luiz Pádua Marque, em seu artigo “A inconstitucionalidade da lei “Maria da Penha””, seja a de produzir uma outra lei no sentido de serem feitas duas correções:

Nos dispositivos onde está prevista a expressão “proteção à mulher” ou “ofendida”, que seja alterada para “proteção à pessoa” ou “à pessoa ofendida”. Ao invés de dar a lei o nome de “Lei de Violência Doméstica e familiar contra a Mulher” que lhe batize de “Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra à Pessoa”.

Em suma, criar uma lei oferecendo tratamento diferenciado a apenas um dos lados é um equívoco jurídico, pois os direitos fundamentais são inerentes a **qualquer pessoa**, e **todos os seres humanos** são merecedores das mesmas garantias e oportunidades, não somente as mulheres.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. *Lei Maria da Penha e a criminalização do masculino*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1466, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10117>. Acesso em: 15 mar. 2010.

AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais. Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

ALMEIDA, Sueli Souza de. Violências múltiplas em contextos e tempos distintos. In: ALMEIDA, Sueli Souza de. (Org.). *Violência de gênero e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ. 2007.

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://Jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 9 fev. 2010.

ALVES, Francisco de Assis. A supremacia dos princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

AMARAL, Ângelo. *Dúvidas jurídicas*, 8 nov. 2007. Disponível em: <<http://zojando.com.br/angeloamaral/?p=7>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. O elemento democrático e antidemocrático nas constituições brasileiras: as perspectivas da democracia no Brasil. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

ARAÚJO, Letícia Franco de. *Violência contra a mulher: a ineficácia da justiça penal consensuada*, Campinas, SP: CS; São Paulo: Lex. 2003.

ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência doméstica: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1268, 21 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9304>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Lei Maria da Penha: uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>> Acesso em: 03 maio 2010.

BASTOS, Alba. Algumas ponderações sobre os princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado Federal. 1988.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Dispõe sobre a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 2 fev. 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresinha, ano 10, n. 1146, 21 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

CAJUEIRO, Marcelo Viveiros. *Hermenêutica constitucional e princípio da isonomia*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16526/16090>>. Acesso em 16 maio 2010.

CARNEIRO, Daniela. *Violência doméstica*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9979>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

CARVALHO, Rubens Miranda de. Dignidade humana: o superprincípio constitucional. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

CASA DA MULHER CATARINA. Panfleto “A violência doméstica dói em todo mundo: não deixe que ela faça parte da sua vida”. Publicado com apoio da Casa da Mulher Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina

CONSULTOR JURÍDICO. *Por analogia: Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: < www.conjur.com.br/static/text/71290,1 >. Acesso em: 20 maio 2010.

CORRÊA, André L.. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. *Uma breve síntese dos postulados constitucionais*. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da constituição federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do direito*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004.

FASUBRA - Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras. Brasília, 8 mar 2007. Disponível em: <www.fasubra.org.br/siteAsp/download/ID2007%20MAR-06.doc>. Acesso em: 15 mar. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2008.

GONÇALVES, Danielle. *O princípio da legalidade penal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2198/O-principio-da-legalidade-pena>>. Acesso em: 16 maio 2010.

GRECO, Rogério. *Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade do livro*. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001.

ISIDÓRIO, Jeferson Ricardo. *Análise da Lei Maria da Penha e o princípio constitucional da igualdade entre os homens e mulheres*. 2008. 81 f. Monografia (especialização em Direito). UNISUL, Tubarão. 2008.

JUS BRASIL. *Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protger-homem>>. Acesso em: 20 maio 2010.

LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à lei 11.340/2006. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>>. Acesso em: 3 maio 2010.

LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. Lei Maria da Penha: inconstitucional por quê? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1505, 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10283>>. Acesso em: 22 maio 2010.

MARCONDES, Cecília Maria P. A educação, a cidadania e a dignidade humana. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo comparado do preâmbulo da constituição federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.

MARQUE, Arthur Luiz Pádua. *A inconstitucionalidade da Lei "Maria da Penha"*. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1016_A_inconstitucionalidade_da_Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em: 03 maio 2010.

MARZIALE, Maria Helena Palucci. *A violência no setor saúde*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692004000200001&script=sci_arttext>. Acesso em: 17 abr. 2010.

MELLO, Gustavo Miguez de. O direito à vida e a dignidade do homem. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

MELLO, João Paulo Gavazza de. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do Juizado especial criminal à lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal*

brasileiro. 2008. 246 f. Tese de doutorado (em Direito). UFSC, Florianópolis. 2008.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da proporcionalidade do direito penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições PODIVIM. 2007.

MENDEZ, Silmara Aguiar. *Princípios penais e penais constitucionais*. Disponível em: <<http://www.monografias.brasilecola.com/direito/principios-penais-penais-constitucionais.htm>>. Acesso em: 16 maio 2010.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 19 ed. São Paulo: Atlas. 2006.

NASCIMENTO, Amauri. Direito constitucional e direito do trabalho. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: princípios fundamentais – Artigos 1º a 4º* - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1997.

NAVARRO, Roberto Junqueira. *Princípios constitucionais de isonomia e dignidade da pessoa humana em relação à lei 11.340/06*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/issue/view/34>>. Acesso em: 03 maio 2010. Também disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1877/1782>. Acesso em: 03 maio 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Princípios constitucionais de direito penal e processual penal. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto, AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora. 2005.

OLIVEIRA, Débora Cibele. Lei Maria da Penha: discriminação aos homens? Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24187/lei-maria-da-penha-discriminacao-aos-homens>>. Acesso em: 20 maio 2010.

OLIVEIRA, Fábio Dantas de. Uma breve análise da lei Maria da Penha. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2053, 13 fev. 2009, p. 10. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12330>>. Acesso em: 9 fev. 2010.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de; BARSTED, Leila Linhares; PAIVA, Miguel. *A violência doméstica*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero. 1984.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *O Direito à razoável duração do processo após a emenda constitucional n. 45/2004*. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. (Coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2008.

PANDJIARJIAN, Valéria. *Lei Maria da Penha: um compromisso para a justiça brasileira*. *Portal violência contra a mulher*. campanha dos 16 dias. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1494:lei-maria-da-penha-um-compromisso-para-a-justica-brasileira-valeria-pandjiarjian-site-campanha-dos-16-dias&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 9 fev. 2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.

PRUDENTE, Neemias Moretti. *Informe Jurídico & Outros: Da Constitucionalidade da Lei 11.340/06 (lei da violência doméstica)*. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2008/06/artigo-da-constitucionalidade-da-lei.html>>. Acesso em: 9 fev 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado: estudo integrado com Direito Penal e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. 2005.

Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03 jun. 2010.
Encontra-se também em: < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/sarlet.rtf>>.
Acesso em: 03 jun. 2010.

SECRETARIA DE QUESTÕES DE GÊNERO E ETNIA. *Violência contra as mulheres*: a Lei Maria da Penha já está em vigor. Disponível em: <http://www.contee.org.br/secretarias/etnia/materia_23.htm>. Acesso em: 9 fev. 2010.

SERASA. Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/guiacontraviolencia/violencia.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2010.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti; OLIVA, Márcio Zuba de. *O princípio da legalidade ou reserva legal no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1751>>. Acesso em 16: maio 2010.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4 v. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Lei Maria da Penha 11.340/06. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá. 2008.

STREY, Marlene Neves. *Violência e gênero*: um casamento que tem tudo para dar certo. In: GROSSI, Patrícia K.; WERBA, Graziela C. (Org.). *Violências e gênero*: coisas que a gente não gostaria de saber. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

VIANNA, Clarice Lopez. *Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e a Lei Maria da Penha*. 2008. 88 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências sociais de Florianópolis/CESUSC, Florianópolis. 2008.

VELLASCO, Edson Durães de. *Lei Maria da Penha*: novos institutos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Penal e Processual Penal do UniDF e Instituto de Cooperação e Assistência Técnica – ICAT. Brasília. 2007.

ZACHARIAS, Manif; Zacharias, Elias. Colaboração de Miguel Zacharias Sobrinho. *Dicionário de medicina legal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: IBRASA, Curitiba: Ed. Universitária Champagnat. 1991, p. 478.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em: 9 fev. 2010.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%AAncia_dom%C3%A9stica>. Acesso em 8 abr 2010.

ANEXOS

1 LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006	86
2 Todos os artigos citados e disponíveis em meio eletrônico	93-273

LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006¹⁷⁶.

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

TÍTULO II
DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei 11.340. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 07 jun. 2010.

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

CAPÍTULO II DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

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

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

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

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

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

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

TÍTULO III DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CAPÍTULO I

DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

CAPÍTULO II

DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

CAPÍTULO III

DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

TÍTULO IV
DOS PROCEDIMENTOS
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

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

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 15. É competente, por opção da ofendida, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado:

- I - do seu domicílio ou de sua residência;
- II - do lugar do fato em que se baseou a demanda;
- III - do domicílio do agressor.

Art. 16. 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.

Art. 17. É 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.

CAPÍTULO II
DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA
Seção I

Disposições Gerais

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

- I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
- II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
- III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

Parágrafo único. A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.

Seção II

Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Seção III

Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

CAPÍTULO III

DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:

I - requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;

II - fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;

III - cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

CAPÍTULO IV

DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

TÍTULO V

DA EQUIPE DE ATENDIMENTO MULTIDISCIPLINAR

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art. 33. 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 pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

TÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 34. A instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária.

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 36. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei.

Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil.

Parágrafo único. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva.

Art. 38. As estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres.

Parágrafo único. As Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal poderão remeter suas informações criminais para a base de dados do Ministério da Justiça.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no limite de suas competências e nos termos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas nesta Lei.

Art. 40. As obrigações previstas nesta Lei não excluem outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Art. 42. O art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 313.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.” (NR)

Art. 43. A alínea f do inciso II do art. 61 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 61.

II -

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

.....” (NR)

Art. 44. O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 129.

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.” (NR)

Art. 45. O art. 152 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.” (NR)

Art. 46. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação.

Brasília, 7 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Dilma Rousseff

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 8.8.2006

Lei Maria da Penha e a criminalização do masculino

Texto extraído do **Jus Navigandi**

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10117>

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

procurador do Banco Central do Brasil em Brasília (DF), especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá, professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade Paulista (Unip) e nos cursos preparatórios Objetivo e Pró-Cursos

A Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi sancionada com o objetivo manifesto de "coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher" (art. 1º). Trata-se de finalidade louvável, sem dúvida, o que a tornou motivo de aclamação praticamente unânime da doutrina nacional. Porém, em uma situação dessas, vem logo à mente a advertência de Nelson Rodrigues de que "a unanimidade é burra", pois nos incita ao simples adesismo, sem uma reflexão crítica.

A lei contém diversos problemas que merecem uma análise mais profunda da doutrina e da jurisprudência.

Em primeiro lugar, está a sua duvidosa constitucionalidade. A Constituição de 1988 é peremptória ao determinar que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, I). Obviamente, a própria Constituição prevê exceções a favor da mulher, como a licença-maternidade gozada em tempo superior à licença-paternidade (art. 7º, XVIII e XIX). Exatamente por serem excepcionais essas normas, incide o princípio de hermenêutica ("as exceções devem ser interpretadas restritivamente"), que proíbe a utilização da analogia para criar novas discriminações a favor da mulher ou de quem quer que seja.

Esse é o mesmo raciocínio utilizado em diversas leis que visam proteger os "direitos das minorias", como o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), a Lei dos crimes de preconceito (Lei 7.716/1989) [1], o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) [2]. A pretexto de combater a discriminação, criam-se novas diferenciações, em flagrante desrespeito ao princípio da igualdade que, ressalte-se, só pode ser excepcionado pela própria Constituição.

Se um neófito em Direito examinar a lei, vai imaginar que acabou de ser criada uma realidade inteiramente nova para a mulher. Chega a ser risível o art. 2º ao dispor que "toda mulher... goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana". Aliás, se fizéssemos uma interpretação literal, chegaríamos à surreal conclusão de que a lei equiparou a mulher ao ser humano! No art. 6º, a lei chega a dispor que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma forma de violação aos direitos humanos. Ora, sabe-se que a lei não tem palavras inúteis, mas, nesses casos, utilizar os artigos citados é um verdadeiro desafio hermenêutico!

Porém, a criminalização do homem enquanto tal encontra-se especificamente no art. 7º, II, da lei, que define uma das modalidades da violência doméstica e familiar contra as mulheres: a chamada "violência psicológica". Em quatro linhas, o inciso trata de uma miríade de condutas que causem "dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações". A violência psicológica é de ação livre, ou seja, pode ser cometida por qualquer meio que possa atingir os resultados previstos.

A lei, porém, enumera um rol exemplificativo de condutas: "ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir". A despeito de a ameaça e o constrangimento estarem previstos como crimes no Código Penal, as outras condutas são conceituadas de modo excessivamente aberto, em flagrante violação ao princípio da taxatividade [3].

Vejamos exemplos banais dos extremos a que pode chegar essa definição: "explorar" tem vários significados e um deles é "abusar da boa-fé ou da situação especial de alguém". O termo é tão vago que pode significar qualquer coisa, como a conduta do homem que não lava a louça suja. Da mesma forma "ridicularizar" significa "zombar, caçoar" [4]. Em princípio, o homem que ri de alguma atitude de sua mulher está cometendo violência doméstica.

O Estado, com suas costumeiras pretensões totalitárias, entra na vida familiar e disciplina o que é ou não permitido. De repente, pequenos atritos diários podem ser considerados crimes ou dar ensejo a indenizações por dano moral. A pretexto de proteger a

mulher, a lei considera-a como incapaz de cuidar de sua higidez mental [5], podendo ser "ferida em sua auto-estima" por qualquer palavra ou atitude dissonante do companheiro!

A aplicação literal desse dispositivo levará inevitavelmente ao "Direito Penal do Autor", doutrina segundo a qual o delito:

"Constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica... o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena".[6]

Assim, ser punido por atos que inevitavelmente ocorrem no cotidiano de um casal significa penalizar o homem como tal e não os fatos em si. Enfim, nos dias de hoje, ser homem pode ser um crime, exceto se pertencer a alguma minoria legalmente protegida, como negros, índios, idosos, crianças, adolescentes e, em um futuro próximo, homossexuais. Nesses casos, a "condição moralmente inferior" do homem pode ser "compensada" pelo fato de que a lei o considera também como uma vítima!

Notas

[1] Ressalte-se que o Projeto de Lei 5003-B/2001, já aprovado na Câmara dos Deputados, considera como crime o preconceito contra homossexuais.

[2] É interessante verificar a ideologia implícita nessas leis: existem opressores e oprimidos. Os primeiros são os homens adultos e "brancos" e os oprimidos são todo o resto, que precisam de proteção. É nítida a semelhança com a ideologia marxista: basta trocar "homem adulto e branco" por burguesia e todos os outros por proletariado.

[3] De acordo com esse princípio, a lei penal deve prever com exatidão a conduta incriminada, para que as pessoas saibam exatamente o que é proibido.

[4] As definições foram retiradas no Dicionário Houaiss, versão eletrônica.

[5] É inevitável a lembrança do Código Civil de 1916, que considerava a mulher casada como uma pessoa relativamente incapaz, que deveria ser protegida, inclusive com a instituição do dote.

[6] ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 131.

Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher

Texto extraído do **Jus Navigandi**
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>

Fabício da Mota Alves

Advogado e consultor jurídico, sócio do escritório Degrazia & Advogados Associados, associado à Banca Consultoria Empresarial, Professor de Direito Constitucional e Coordenador do curso de Pós-Graduação lato sensu em Dir. Constitucional Aplicado do Instituto Posead/UGF/FGF

Resumo: A sanção presidencial à recém-batizada Lei Maria da Penha selou o destino de milhões de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no Brasil. A partir da tragédia pessoal de uma cidadã brasileira, vítima de agressões que deixaram marcas permanentes na alma e no corpo, o País enfim vê nascer no ordenamento jurídico nacional a sua mais importante resposta à sociedade internacional sobre os compromissos firmados por tratados e convenções há mais de dez anos para o combate à violência doméstica contra a mulher. E foram muitas as mudanças: inovações no processo judicial, nos papéis das autoridades policiais e do Ministério Público, alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais. Trata-se de um verdadeiro estatuto no combate à violência doméstica e familiar.

I - Introdução

Em cerimônia que contou com a presença de mulheres ocupando os mais relevantes cargos públicos do País, além de representantes de entidades feministas, o presidente da República sancionou neste dia 7 de agosto o projeto de lei da Câmara nº 37, de 2006, que "*cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.*"

Entre as convidadas, fez-se presente a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, cuja tragédia pessoal sensibilizou organismos internacionais e provocou uma reação do Estado brasileiro na questão do combate à violência doméstica contra a mulher. Não por outra razão o presidente "batizou" a nova lei sancionada como "Lei Maria da Penha" – uma homenagem justa e sensível que a todos surpreendeu, comovendo os convidados à cerimônia de sanção.

A Lei Maria da Penha irá modificar profundamente as relações entre mulheres vítimas de violência doméstica e seus agressores, o processamento desses crimes, o atendimento policial a partir do momento em que a autoridade tomar conhecimento do fato e a assistência do Ministério Público nas ações judiciais.-

Muito embora a iniciativa legislativa tenha sido do próprio Poder Executivo, que o apresentou ao final de 2004, a proposta é fruto de anos de discussão entre o Governo brasileiro e a sociedade internacional e também de um apelo de milhões de mulheres brasileiras vítimas de discriminação por gênero, de agressões físicas e psicológicas e de violência sexual, tanto dentro como fora do seio familiar.

II - A dura realidade das vítimas

O assunto muitas vezes provoca desconforto, tanto em homens como em mulheres. Não só pelo preconceito, mas também pelo desconhecimento e até mesmo em razão de fatores culturais retrógrados.

O mundo padece desse problema há séculos e do mesmo mal sofre o Brasil. Os fatos sociais falam por si: estudo realizado pelo IBGE [1], no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem no âmbito doméstico e seus agressores são pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas. De outra sorte, a Fundação Perseu Abramo, em pesquisa realizada em 2001, chegou à seguinte conclusão:

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

diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma a cada 15 segundos." [2]

Os dados apontam para um problema que, como se pode observar, transcende a seara privada, invadindo a ordem pública – o que reclama soluções imediatas e improrrogáveis.

Muitas eram as mudanças que reclamavam resposta do Governo brasileiro. É certo, porém, que a primeira delas foi também condição para o desenvolvimento das demais: o reconhecimento público desse mal social e o compromisso em combatê-lo.

III – O Brasil e os acordos internacionais: CEDAW e Convenção de Belém do Pará.

O primeiro passo brasileiro contra esse tipo de violência foi a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), em 1º de fevereiro de 1984, com reservas [3] a alguns dispositivos [4]. Posteriormente, em 1994, tendo em vista o reconhecimento pela Constituição Federal brasileira de 1988 da igualdade entre homens e mulheres, em particular na relação conjugal, o governo brasileiro retirou as reservas, ratificando [5] plenamente o texto.

O preâmbulo da Convenção assinalou o entendimento dos Estados-Partes para a concepção do problema da desigualdade de gênero e da necessidade de solucioná-lo, ao assinalar que "*a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, para o bem-estar do mundo e para a causa da paz*".

Seu apelo maior foi o reconhecimento de que "*a discriminação contra a mulher viola os princípios de igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço ao seu país e à humanidade*".

O segundo passo adotado pelo Brasil nessa direção foi a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como "Convenção de Belém do Pará".

Essa Convenção foi adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos - OEA, em 6 de junho de 1994, e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 [6]. O tratado complementa a CEDAW e reconhece que a violência contra a mulher constitui uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, de forma a limitar total ou parcialmente o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades.

Seu texto assinala que "*a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens*", para então concluir que a "*adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui uma contribuição positiva para proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência que possam afetá-las*".

Outro importante avanço foi a ratificação pelo Brasil, em 28 de junho de 2002, do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) [7], que ofereceu a possibilidade de as denúncias individuais serem submetidas ao Comitê [8].

Esse mecanismo adicional firmado pelo Brasil veio integrar a sistemática de fiscalização e adoção de medidas contra Estados signatários desses acordos internacionais que estejam condescendentes com casos isolados de discriminação e violência contra a mulher. Um desses acontecimentos ganhou repercussão internacional: o caso Maria da Penha Maia Fernandes [9], que expôs as entranhas do lento processo judicial brasileiro ao mundo.

IV – O caso nº 12.051/OEA: Maria da Penha Maia Fernandes

Em 29 de maio de 1983, a biofarmacêutica Maria da Penha foi vítima de violência praticada por seu ex-marido, que disparou contra ela durante o sono e encobriu a verdade afirmando que houve uma tentativa de roubo.

A agressão – na verdade, uma tentativa de homicídio de seu ex-marido – deixou seqüelas permanentes: paraplegia nos membros inferiores. Duas semanas depois de regressar do hospital, ainda durante o período de recuperação, a Maria da Penha sofreu um segundo atentado contra sua vida: seu ex-marido, sabendo de sua condição, tentou eletrocutá-la enquanto se banhava.

Entre a prática dessa dupla tentativa de homicídio e a prisão do criminoso transcorreram nada menos que 19 anos e 6 meses, graças aos procedimentos legais e instrumentos processuais brasileiros vigentes à época, que colaboraram demasiadamente para a morosidade da Justiça.

Em razão desse fato, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA – órgão internacional responsável pelo arquivamento de comunicações decorrentes de violação desses acordos internacionais.

Assim, diante da leniência brasileira com a morosidade do processamento dos crimes domésticos contra a mulher, a Comissão da OEA publicou o Relatório nº 54, de 2001 [10], em que concluiu o seguinte:

"(...) a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil.

Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher.

Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida"

Por fim, o Relatório recomendou a continuidade e o aprofundamento do processo reformatório do sistema legislativo nacional, a fim de mitigar a tolerância estatal à violência doméstica contra a mulher no Brasil e, em especial, recomendou *"simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo"* e *"o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera"*.

V – Medidas nacionais de combate à violência doméstica contra a mulher então adotadas: ineficácia e contradição.

Apesar de o País ter-se comprometido verdadeiramente em adotar políticas públicas de combate à violência e à discriminação contra a mulher desde a assinatura dos primeiros acordos internacionais, as propostas implementadas foram extremamente tímidas.

Nem mesmo a criação dos Juizados Especiais em 1995 foi suficiente à solução do problema, tendo servido apenas como porta de acesso ao Poder Judiciário para as mulheres vítimas dessa violência.

Um dos fenômenos sociais, inclusive, resultantes da nova sistemática de processamento judicial a partir da edição da lei nº 9.099/95 foi a impunidade e a baixa repressão aos agressores. A lei nº 9.099/95 tem méritos inegáveis e cremos que deveria expandir seu rito simplificado e célere aos demais procedimentos judiciais vigentes. Entretanto, a sociedade civil não concordou com essa solução no caso das mulheres vítimas de violência doméstica.

Uma vez que a competência para processar o crime de menor potencial ofensivo foi fincada aos Juizados Especiais Criminais, pôde-se observar que os réus, quando condenados, eram *"obrigados apenas a pagarem uma cesta básica alimentar ou prestar serviços à comunidade. Tal situação tem levado à banalização da violência doméstica, desestimulando as vítimas a denunciar esses crimes e dando aos agressores um sentimento de impunidade"*, conforme relatório entregue ao CEDAW pela autoridade brasileira [11].

Assim, após mobilização intensa dos movimentos feministas, o Poder Legislativo, finalmente alterou o Código Penal de 1940 com a edição da lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, que *"acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado 'Violência Doméstica'."*

O dispositivo afetado trata do crime de lesão corporal e, entre os tipos contemplados, reside a tipificação do crime cujo *nomen juris* foi definido como "violência doméstica", sendo, pois, a lesão corporal praticada *"contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade"*, estipulando pena de detenção de seis meses a um ano. Também agrava a pena em um terço, quando a violência doméstica praticada for de natureza grave.

Em que pese a tentativa de cumprimento dos tratados e convenções assinados, essa recente mudança no *codex* penal formalizou, na verdade, uma contradição legislativa perante os compromissos internacionais assumidos, sanada, como veremos, pela Lei Maria da Penha.

Por um lado, ao fixar a pena máxima em um ano, além de ter equiparado o tipo penal à lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*), também o trouxe para o rol de delitos de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95, art. 61). Por outro lado, tanto a CEDAW como a Convenção de Belém do Pará redefinem a violência e a discriminação contra a mulher como uma violação dos direitos humanos.

A sociedade internacional – aí incluído o Brasil – há muito reconhece a importância dos direitos humanos e a necessidade de repressão significativa de quem os viola, especialmente através da difusão de doutrinas referendadas pelo poder constituinte derivado brasileiro que redefinem o *status* jurídico dos

tratados que sobre eles dispõem [12].

Dessa forma, não se poderia admitir um crime de menor potencial ofensivo que fosse também uma violação aos direitos humanos internacionalmente protegidos.

Ainda que assim não fosse, essa primeira solução legislativa no Código Penal também se revelou inócua, conforme interessante avaliação realizada pelo Prof.º Damásio [13]. O ilustre jurista concluiu não ter havido alteração significativa pelas seguintes razões, *ipsis litteris*:

"a) Crime de menor potencial ofensivo. Como ocorre na lesão corporal leve (art. 129, caput), a violência doméstica constante do § 9.º é delito de menor potencial ofensivo. Na fase policial, dispensa-se o flagrante delito se o autor comprometer-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal, elabora-se o termo circunstanciado etc. Assim, tratando-se de lesão corporal leve, excluídas as graves, gravíssimas e seguidas de morte (art. 129, §§ 1.º, 2.º e 3.º), a competência é dos Juizados Especiais Criminais (art. 61 da Lei n. 9.099/95, alterado pela Lei n. 10.259/2001).

b) Transação penal. Não é afastada a sua possibilidade com a alteração da pena mínima (art. 76 da Lei n. 9.099/95).

c) Sursis processual. É cabível (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

d) Penas restritivas de direitos. São cabíveis (art. 44 do CP).

e) Ação penal. Tratando-se de lesão corporal leve (§ 9.º), a ação penal pública depende de representação (art. 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais). Na hipótese de lesão corporal grave, gravíssima ou seguida de morte (§§ 1.º, 2.º e 3.º) praticada em qualquer das circunstâncias definidoras da violência doméstica (§ 9.º), a ação penal é pública incondicionada."

Em função dessa tímida iniciativa, não houve solução ao grande problema social que é a violência contra a mulher dentro da família. Sendo essa o núcleo celular do organismo social, pode-se antever sem esforço os problemas que uma nação enfrentaria se não combatesse propriamente esse crime que nasce, enraíza-se no seio familiar e projeta-se em ramificações por toda a sociedade.

É bem verdade que outras inovações foram implementadas, como a edição da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que "altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências", incluindo o art. 216-A, com pena estabelecida entre um e dois anos de detenção. Entretanto, igualmente não houve resposta ao problema social da violência contra a mulher.

Outra esfera em que se mobilizou a estrutura pública estatal para adoção de medidas de combate à violência contra a mulher foi o Poder Judiciário, que adentrou ao debate da nova tendência mundial com decisões jurisprudenciais exemplares, as quais nem sempre se sobressaem diante de contextos e cultura regionais.

A esse respeito, o Brasil apresentou seu relatório ao Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher [14], em mensagem datada de 7 de julho de 2003, onde traçou o panorama da sensibilização jurisdicional brasileira:

"Em 1991, o Superior Tribunal de Justiça anulou a decisão do Júri Popular de uma cidade do sul do país que absolveu réu acusado de ter assassinado sua ex-mulher, recorrendo à chamada "tese da legítima defesa da honra". O STJ definiu que essa argumentação de defesa não constitui tese jurídica, revelando tão somente uma concepção de poder do homem contra a mulher e manifestou-se pela anulação do julgamento. No entanto, em novo julgado o Júri Popular dessa mesma cidade absolveu o réu, sem que o Superior Tribunal pudesse modificar tal decisão face à soberania do Júri Popular. Assim, apesar de nos grandes centros urbanos do país esse argumento de defesa estar em desuso, em grande parte pela pressão dos movimentos feministas e de mulheres, ainda, em muitas cidades do interior, advogados de defesa continuam utilizando tal tese, para sensibilizar o júri popular ainda orientado por visões preconceituosas e discriminatórias contra as mulheres.

Isso significa que, além da sensibilização do Poder Judiciário, faz-se necessário um amplo processo de educação popular, através de campanhas na mídia que atinjam toda a sociedade brasileira, no sentido de mudar mentalidades e dar amplo conhecimento aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, em especial, aos direitos humanos das mulheres. O Poder Judiciário tem instâncias de formação de seus membros – as Escolas de Magistratura com as quais a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres buscará atuar para o processo de formação dos juízes nas questões relativas aos direitos humanos das mulheres. O mesmo esforço deverá ser feito em relação às Escolas da Defensoria Pública, do Ministério Público e às Universidades, em especial junto às Faculdades de Direito."

O Judiciário, porém, dada a sua função de aplicador do Direito, não poderia desequilibrar a harmonia entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Sem o devido respaldo legal, a magistratura nada poderia fazer, senão chegar ao limite de sua atuação jurisdicional na incansável busca pela Justiça. Esbarrava, dessa maneira, sempre nas arestas da lei e a ela se prendia.

A sociedade enxergou, então, que cada vez mais se fazia imprescindível uma norma eficaz, que

trouxesse reais mecanismos de combate à violência doméstica contra a mulher.

VI – A formalização de uma proposta e a evolução dos trabalhos no Congresso Nacional

As parcas mudanças promovidas no ordenamento jurídico levaram o País a debater profundas alterações na função jurisdicional do Estado para redefinir sua atuação na repressão à violência doméstica contra a mulher. Entretanto, essa atuação dependeria de um suporte normativo claro e eficaz.

Assim, foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial [15], integrado pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República (coordenação); Casa Civil da Presidência da República; Advocacia-Geral da União; Ministério da Saúde; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública.

O fruto desse esforço, capitaneado pela SPM, foi o projeto de lei nº 4.559, de 2004, encaminhado ao Congresso pelo presidente da República em 3 de dezembro daquele ano.

Muitas inovações foram propostas no PL 4.559/04: definição de violência doméstica e familiar contra a mulher em cada uma de suas manifestações: física, sexual, psicológica, moral e patrimonial; equiparação desse tipo de violência a uma das formas de violação dos direitos humanos; alterações no procedimento das ocorrências que envolvam a violência doméstica e familiar contra a mulher, quando do atendimento da autoridade policial; estabelecimento de amparo à vítima através do atendimento por equipe multidisciplinar, formada por profissionais de diversas áreas de conhecimento, como psicólogos, assistentes sociais e médicos; participação ativa e mais veemente do Ministério Público nas causas envolvendo essa forma de violência doméstica e familiar; ampliação das formas de medida cautelares em relação ao agressor e de medidas de proteção à vítima com efeitos cíveis e penais; acréscimo de nova hipótese de prisão preventiva, quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja a pena aplicada; entre outras medidas importantes;

Em relação à lei nº 9.099/95, o projeto originalmente continha soluções de adequação da legislação especial à necessidade de rápida resposta judicial e extrajudicial ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher, alterando apenas o procedimento do Juizado Especial Criminal.

Uma das intenções do Poder Executivo era resgatar o inquérito policial previsto no Código de Processo Penal para abolir o Termo Circunstanciado previsto na lei nº 9.099/95, objetivando permitir uma visão mais aprofundada dos fatos à autoridade judicial. Também se buscou excluir a vedação à prisão em flagrante e permitir a decretação de prisão preventiva, resgatando-se essas figuras para os crimes de violência doméstica contra a mulher.

Entre as inovações originalmente propostas, também havia a necessidade de uma audiência de apresentação, na qual a vítima seria ouvida pelo juiz antes do agressor e, mesmo diante de uma intenção conciliadora, não poderia a vítima ser compelida a transacionar. Em hipótese alguma, segundo o texto inicial, a audiência poderia ser presidida por servidor que não fosse juiz ou bacharel em Direito, além de capacitado na questão desse tipo de violência.

Na audiência de instrução e julgamento do rito criminal especial, foi deslocado o momento para proposição da transação penal da primeira para a audiência seguinte, visando permitir, nesse intervalo, o encaminhamento da vítima à equipe multidisciplinar.

Em relação às sanções, a proposta vedava claramente a aplicação de penas restritivas de direito de prestação pecuniária, como o pagamento de cesta básica, e multa.

A questão da fixação da competência criava um universo concorrente entre Juizados Especiais e Varas Cíveis e Criminais, com o dever de obediência às normas inovadoras consignadas na proposta. Ao final, abria caminhos para a criação de Varas e Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e penal, visando ao atendimento global e emergencial que as demandas exigiriam.

Muito embora esse tenha sido, em linhas gerais, o teor das inovações pretendidas pelo Poder Executivo, muitas mudanças à proposta original foram implementadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

A Câmara dedicou-se às alterações de mérito por intermédio de três comissões analisadoras. Graças às mais de 14 reuniões, seminários e audiências públicas realizados em todo o País, ao projeto foram incorporados os verdadeiros anseios das entidades representativas das mulheres.

O Senado, por sua vez, através unicamente de sua Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, promoveu uma verdadeira revisão no projeto, então denominado PLC 37, de 2006. Essas mudanças foram eminentemente redacionais, objetivando enxugar e harmonizar o texto, permitindo sua execução social com clareza e precisão, como, aliás, reza a lei complementar nº 95, de 1998.

Assim, passemos às linhas gerais sobre os principais pontos do projeto de lei, tal qual encaminhado à tão esperada sanção presidencial.

VII - Análise da norma sancionada

O projeto divide-se 46 artigos, distribuídos ao longo de 7 títulos:

- Título I - Disposições Preliminares;
- Título II - Da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;
- Título iii - Da Assistência à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar;
- Título iv - Dos Procedimentos;
- Título v - Da Equipe de Atendimento Multidisciplinar;
- Título vi - Disposições Transitórias; e
- Título vii - Disposições Finais.

Nas disposições preliminares (Título I) está o enunciado político da futura norma. Ali se definem finalidade ("*cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*", "*dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*" e "*estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar*") e invocação normativa (Constituição Federal, CEDAW, Convenção de Belém do Pará e outros tratados internacionais) do projeto.

O *caput* do art. 3º, ao assegurar à mulher os "*direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária*" praticamente reproduziu a carta política constitucional referente à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*). Esse é um típico caso de discriminação positiva, que já encontra respaldo na doutrina nacional.

Outros dois pontos merecem destaque nesse fragmento do texto, todos contidos no art. 3º: o compromisso a partir de então assumido pelo Governo em desenvolver "*políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*" e a inserção da família no rol de atores sociais responsáveis pela criação de condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados à mulher não somente na condição de vítima, mas em qualquer situação.

O art. 4º também assinala um marco normativo fundamental: o reconhecimento da situação peculiar de violência doméstica e familiar em que a mulher se encontra. Essa é uma questão de fundamental importância para o processamento judicial e para a adoção das medidas administrativas e deverá equivaler ao reconhecimento normativo da hipossuficiência da vítima do ato criminoso.

O Título II, por sua vez, trata da definição da violência doméstica e familiar contra a mulher e das suas várias formas de manifestação.

Definição de violência contra a mulher:

Segundo o *caput* do art. 5º, violência contra a mulher é "*qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*". O artigo também inaugura a disciplina normativa dos destinatários primeiros dessa lei: a vítima – sempre a mulher – e o agressor, podendo ser o homem ou outra mulher, conforme veremos a seguir.

Violência doméstica:

A violência será ainda compreendida como doméstica se a ação ou omissão a que se referiu o *caput* ocorrer no "*espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*" (inc. I). Como se pode observar, no âmbito doméstico, o agressor pode não ter relações familiares com a vítima, mas deve necessariamente conviver, de forma continuada, com ela. Essa definição abrange, inclusive, os empregados domésticos, ou seja, os "*esporadicamente agregados*" – assunto, aliás, muito debatido no Congresso Nacional. O termo "*esporadicamente*" aqui dá uma noção de relacionamento provisório, típica da relação de emprego doméstico.

Violência familiar:

A violência contra a mulher poderá ser também familiar, desde que praticada por membros de uma mesma família, aqui entendida como a comunidade formada por indivíduos que "*são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*" (inc. II).

Essa é uma definição interessante de família. Ela vai além das definições legais vigentes e representa uma evolução ainda maior do conceito de família para o Direito.

Etimologicamente, família vem do latim *familia*, derivado de *famulus* – escravo doméstico ou serviçal. Representava o agregado doméstico unido por vínculos de consangüinidade ou por alianças. Havia aí elementos puramente jurídicos, como o parentesco por afinidade, e outros de naturalidade, casos em que o parentesco predominava pela ascendência comum direta.

Atualmente, a família pode ser entendida como natural e legal – caso da família substituta. Pode ser ainda compreendida como a sociedade conjugal formada pelo matrimônio religioso ou civil ou a entidade formada pela união estável entre homem e mulher, sem prejuízo do conceito que abrange o vínculo entre

pais e filhos.

As homossexuais femininas e a evolução no conceito de família e de relação íntima de afeto:

Novas doutrinas flexibilizaram ainda mais o conceito de família, para abranger os casais homossexuais com ou sem filhos. No Brasil, ainda se enfrenta a questão legal, muito embora já existam Tribunais nacionais ampliando o conceito tradicional de família para além daquela entidade originária do casamento legalmente reconhecido, abraçando o conceito a partir de elementos afetivos genéricos.

Nesse sentido, cremos que a Lei Maria da Penha poderá ser um passo normativo à frente do Direito Civil em discussão; afinal, o parágrafo único do art. 5º contém uma carga ideológica inovadora: pela primeira vez no Direito brasileiro, uma norma federal permite uma interpretação de reconhecimento da entidade familiar entre mulheres do mesmo sexo.

Aqui não se está tratando do homossexualismo masculino, mas apenas do feminino. Como dito antes, a lei reconhece a vítima sempre como a mulher e o agressor, como um homem ou outra mulher.

E de que forma esse reconhecimento poderia se dar?

Vejamos: ao tratar da violência familiar, a Lei traz um definição normativa de família. Segundo o inc. II do art. 5º, família é "*a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*".

Um casal de mulheres homossexuais seria, portanto, à luz dessa nova Lei, uma entidade familiar composta por indivíduos que se consideram aparentados, unidos por vontade expressa.

São elas, portanto, cônjuges "autoconsiderados", porque, perante si mesmos e perante a sociedade, mas à margem da lei, ambas têm um vínculo íntimo sólido, com envolvimento sexual e afetivo tal qual um casal heterossexual. Além disso, mesmo que o Direito não as reconheça como tal, elas o fazem, mediante ato voluntário de manifestação de vontade.

Então, esquecidas pelo ordenamento jurídico, mas reconhecidas pela sociedade, elas são uma família, conjugando o mesmo afeto, os mesmos planos comuns, as mesmas vontades e os mesmos interesses que o fariam um casal heterossexual.

Ainda que assim não o seja, caso em que a doutrina e os Tribunais insistam em interpretar de outra forma, as homossexuais femininas poderão ainda ser protegidas pela nova Lei a partir do tópico seguinte, que trata da violência em relação íntima de afeto.

Não há a menor dúvida de que essa Lei sancionada representará um relevante passo no reconhecimento legal das relações homossexuais estáveis, à frente mesmo do Direito Civil, o que não é comum, dado o conservadorismo penal da sociedade brasileira.

Na prática, significará dizer que o delegado de polícia, o promotor de justiça, o juiz, os parentes e amigos de qualquer dos envolvidos, a sociedade e o Estado não poderão negar a existência daquela entidade familiar homossexual, para efeito de proteção da mulher vítima de agressão doméstica e familiar praticada por outra mulher com quem se relacionava.

Violência decorrente de relação afetiva e íntima, presente ou passada:

Para efeito de aplicação dessa norma, o legislador foi além dos vínculos domésticos e familiares: o inc. III estabelece que a violência doméstica e familiar também poderá ser aquela praticada "*em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação*".

Esse conceito, a princípio, trouxe reivindicação das vítimas em relação a agressores com quem tiveram relacionamento familiar, como ex-maridos ou ex-companheiros. O malfadado sentimento de posse entre casais nem sempre se dissolve com o rompimento dos laços matrimoniais. Daí a necessidade de proteção especial às mulheres contra seus ex-parceiros. Por isso, a convivência presente e a passada são consideradas igualmente para aplicação do PLC 37/06.

Entretanto, o inciso não se limita a isso.

A expressão da norma comumente extravasa a intenção do legislador. Nesse caso, o dispositivo, tal qual editado, também abarca as relações afetivas de intimidade como, por exemplo, uma relação de namorados ou de noivos. O fato de a coabitação não interferir como elemento de emolduração do fato típico reforça esses exemplos: aquele mesmo casal de namorados, em que cada um reside com suas respectivas famílias, não pode ser reconhecido como uma entidade familiar constituída pela união estável. Também não há entre eles a relação doméstica propriamente dita, especialmente conforme definição trazida pela nova Lei. Resta, assim, a terceira hipótese de aplicação da norma: a relação afetiva de intimidade.

Espécies de violência contra a mulher:

Mais adiante, a Lei apresenta também as espécies de violência doméstica e familiar contra a mulher:

Violência física: qualquer conduta que ofenda integridade ou saúde corporal da mulher;

Violência psicológica: qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da auto-estima à mulher ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar

suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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

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

Violência moral: qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A despeito das vertentes "tradicionais" de violência contra a mulher (sexual, psicológica e física), a Lei Maria da Penha inova ao também enquadrar a violência patrimonial e a moral.

Nada mais justo, tendo em vista a peculiaridade da situação fática da vítima em relação à sua família e ao seu agressor. Não raro existe uma relação de dependência econômica e financeira e menos raro ainda são os insultos e maltratos verbais a que é submetida na intimidade do lar ou mesmo perante a comunidade em que vive.

Medidas integradas de prevenção e o papel do Estado:

O Título III é inaugurado pelo art. 8º, que trata exclusivamente "das medidas integradas de prevenção" (Capítulo I), onde são definidas as diretrizes para o combate à essa forma de violência. Merecem destaque aqui os dispositivos que buscam diluir a responsabilidade da prevenção à violência doméstica e familiar simultaneamente entre Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, através de uma integração operacional em diversas áreas.

A Lei também prevê a formalização de convênios, capacitação e especialização dos órgãos de atendimento das vítimas, promoção de programas educacionais e a inserção nos currículos escolares de disciplinas voltadas à valorização da dignidade humana etc.

Outro ponto relevante é a consciência preventiva voltada à mídia, que terá responsabilidade social na destruição de estereótipos de gênero e na promoção de valores positivos sobre a família e a mulher.

O art. 9º (Capítulo II) disciplina a "assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar", estabelecendo que o atendimento à vítima deverá ser realizado de forma articulada entre as autoridades e agentes públicos, se necessário mediante seu encaminhamento a programas assistenciais do governo, além de acesso a benefícios assistencialistas previstos em lei.

Mas é precisamente o § 2º desse artigo que contém o dispositivo de maior força do Capítulo: a Lei inaugura uma nova justificação para a remoção da servidora pública que esteja em situação de violência doméstica e familiar, visando à preservação de sua integridade física e psicológica. Àquelas vítimas que não têm vínculo com a administração pública, mas que estejam empregada sob qualquer forma de relação profissional com particulares ou com empresas, a Lei buscou assegurar a sua estabilidade por 6 meses, uma vez afastada do local de trabalho por medida judicial.

Assistência pela autoridade policial e o retorno do inquérito policial:

Ainda no Título destinado à assistência à mulher nessa situação de violência, o Capítulo III, nos quais se enquadram os arts. 10 a 12, vem tratar do atendimento da vítima pela autoridade policial.

O art. 10 já estabelece que a assistência policial poderá ser preventiva ("iminência") ou repressiva ("prática"). Entre as providências legais possíveis, citamos aquelas elencadas pelo art. 11, que tratam das condutas de proteção e de orientação da autoridade policial:

garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Observa-se aí uma autoridade policial mais participativa, mais protetiva e mais zelosa no atendimento à vítima. Esses cuidados são necessários, pois a prática demonstrou que muitas mulheres não denunciam as agressões por razões diversas, entre as quais se destaca o medo de vingança do agressor contra si ou contra os filhos.

Não raro, também, quando registram a ocorrência, as mulheres retornam à sua residência, pois não

têm outro local para irem. Ali se submetem novamente ao ambiente agressivo e comumente são vítimas de novas agressões. Por isso, também é corriqueiro não comparecerem às audiências nos JECrim, forçando o Ministério Público a pedir o arquivamento dos processos criminais.

Em casos como esses, é de fundamental importância que a vítima sinta-se efetivamente protegida, para denunciar e manter a denúncia, permitindo o processamento criminal do agressor até final decisão e condenação, se for o caso.

O art. 12, por sua vez, trata das providências da autoridade policial assim que é feito o registro de ocorrência do crime:

ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias; remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

ouvir o agressor e as testemunhas;

ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

Esse dispositivo também se destaca pelo resgate à figura do inquérito policial, antes afastado pela lei nº 9.099/95, que o substituiu pelo Termo Circunstanciado aplicável às infrações de menor potencial ofensivo. Essa foi uma reivindicação dos movimentos feministas e enfrentou severas críticas pelos aplicadores do Direito, especialmente juízes e promotores de todo o Brasil.

Também fica estabelecido que a vítima deverá sempre ser encaminhada para os exames de corpo de delito e outros exames periciais quando forem necessários. Como a Lei determina que os entes públicos deverão disponibilizar serviços especializados nesse tipo de crime e no atendimento das vítimas. Por essa razão, os laudos médicos e os exames periciais poderão e deverão ser admitidos como meios de prova contra os agressores.

Procedimentos e organização judiciária:

O Título IV trata dos procedimentos e subdivide-se em 4 capítulos:

O Capítulo I (arts. 13 a 17) estabelece as "disposições gerais" aplicáveis ao processo criminal. Fica permitida a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, do Código de Processo Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso e de outras normas específicas.

É nesse Capítulo que reside também as maiores inovações da Lei:

O art. 14, que autoriza a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Essas varas especializadas terão competência cível e criminal.

Os atos processuais poderão ser realizados em horário noturno, conforme dispuser a lei de organização judiciária local.

A competência jurisdicional será fixada conforme opção da vítima, podendo ser o local de seu domicílio, de sua residência, do lugar do fato do crime ou do domicílio do agressor.

A renúncia nas ações penais públicas condicionadas à representação poderá ocorrer, desde que a vítima a formalize perante a autoridade judiciária em audiência própria e desde que ocorra antes do recebimento da denúncia, ouvido o Ministério Público.

O art. 17 também apresenta um marco na legislação processual, pois proíbe a aplicação de penas pecuniárias, como o pagamento de cestas básicas, além de vedar a aplicação isolada de multa em substituição às penas cominadas que o permitem.

Medidas protetivas de urgência:

O Capítulo II também inova, ao criar a figura das "medidas protetivas de urgência". O texto original propunha a nomenclatura de medidas cautelares, mas foi assim renomeado já na Câmara dos Deputados, em razão dos debates e das audiências públicas promovidas. Sua concessão observará os seguintes aspectos:

As medidas poderão ser requeridas pelo Ministério Público ou pela ofendida.

A autoridade judiciária terá um prazo de 48 h para sua concessão, a partir do recebimento do pedido.

Poderão ainda ser concedidas *inaudita altera parte* e independentemente de manifestação do MP, devendo este ser comunicado prontamente.

A autoridade judiciária poderá conceder tantas medidas quantas forem necessárias para garantir a proteção da vítima e de seus dependentes, sendo possível ainda serem substituídas ou revistas a qualquer tempo por outra de maior eficácia, ou ainda podendo ser acrescentadas àquelas já concedidas anteriormente, de forma a complementar a proteção.

A Lei apresenta um rol (não taxativo) de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, a

saber:

suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

proibição de determinadas condutas, entre as quais:

aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; e

prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Por sua vez, as medidas urgência à ofendida são:

encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos.

determinar a separação de corpos.

restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Essas medidas correspondem às necessidades reais para garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da vítima e de seus dependentes. Por isso, adentram à seara civil, suspendendo efeitos dos atos de negociação sobre imóvel comum (compra, venda, locação) e das procurações conferidas pela vítima ao agressor. A alínea *h* foi uma tentativa de impor ao agressor o dispêndio provisório de recursos monetários pela depredação de bens pertencentes à vítima ou necessários à sua sobrevivência no lar, a fim de garantir um ressarcimento posterior, mediante um juízo cognitivo mais complexo, à vítima lesada materialmente. As audiências públicas revelaram que os agressores muitas vezes destruíam os objetos da casa e até mesmo veículos pertencentes à mulher ou em regime de comunhão e, mesmo processados, não restauravam a situação patrimonial do lar, deixando a mulher e seus dependentes em graves dificuldades de subsistência.

Decretação de prisão preventiva:

A prisão preventiva do agressor passará a ser decretada de ofício ou mediante representação do MP ou da autoridade policial. Nesse caso, visando sempre à proteção da mulher, a vítima deverá ser notificada de todos os atos processuais relativos ao agressor, em especial da revogação da prisão preventiva.

Vedações ao procedimento de notificações das partes:

Outro aspecto interessante e que foi fruto exclusivo das reivindicações feministas está inserido no parágrafo único do art. 21: "*A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.*" Esse dispositivo volta-se especialmente às delegacias de polícia, em que se constatou ser comum a vítima, após registro da ocorrência, ser encarregada de entregar ao agressor a notificação para comparecimento perante a autoridade policial, o que provocava novas agressões à mulher.

O papel do Ministério Público:

Ainda dentro do Título de procedimentos, o Capítulo III apresenta o novo papel do Ministério Público diante dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Destaca-se a sua participação, que passará a ser obrigatória em todas as ações que tenham por objeto o processamento desse tipo de crime, seja no desdobramento civil ou mesmo no criminal.

Assistência judiciária:

O Capítulo IV (arts. 27 e 28) disciplina a representação judiciária obrigatória em todos os atos processuais, exceto na postulação de medidas protetivas de urgência, as quais poderão ser requeridas diretamente pela vítima. O art. 28 assinalava que o acesso à assistência e orientação judicial pela Defensoria Pública deverá ser garantida em juízo e também perante o atendimento policial.

Equipe multidisciplinar:

O Título V (arts. 29 a 32) apresenta a participação da equipe multidisciplinar, formada "*por*

profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde" que poderão integrar a estrutura das varas especializadas. Sua função é auxiliar e instruir o juízo, o MP e a própria Defensoria Pública, além de promover a orientação e o amparo psicossocial às famílias das vítimas, com especial atenção às crianças e adolescentes. Essa inovação reflete boas e bem sucedidas experiências em JECrim instalados em alguns estados brasileiros.

Foro competente e provisório para o processamento das causas:

O Título VI trata das disposições transitórias. O único artigo que o compõe (art. 33) foi objeto de questionamentos jurídicos, mas o Congresso juntamente com a Casa Civil conseguiram aplicar uma interpretação constitucional válida para sua manutenção.

Trata-se de um dos pontos de apoio mais importantes do projeto, pois, ao vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95, muitos tipos penais não poderiam ser processados nem nos JECrim nem nas Varas Criminais, ficando à deriva no ordenamento jurídico. Assim, a solução foi cumular competência cível e criminal às Varas Criminais, com processamento prioritário, até que os Juizados e varas especializadas equivalentes sejam criadas.

Disposições finais:

O Título VII (arts. 34 a 46) trata das disposições finais, entre as quais a cláusula de vigência. Das modificações legislativas apontadas, destacam-se:

Legitimação ativa concorrente do MP e de associações temáticas para promoção de ações em defesa dos interesses transindividuais de que trata essa Lei (art. 37);

Vedação de aplicação de Lei n.º 9.099/95 (art. 41);

Alteração do CPP para acrescentar, entre as hipóteses autorizativas de decretação de prisão preventiva previstas no art. 313 o crime doloso que "*envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*";

Alteração do CP, quando trata das agravantes genéricas do crime (art. 61), especificamente quando praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, também o crime praticado "*com violência contra a mulher na forma da lei específica*";

Alteração do CP também no art. 129, que disciplina o crime de lesão corporal, para aumentar diminuir a pena mínima de 6 para 3 meses e aumentar a pena máxima de 1 para 3 anos. Nesse ponto, se a pena for praticada contra portador de deficiência física, a pena será aumentada em 1/3.

Por fim, o período de vacância da Lei foi fixado em 45 dias, contados a partir de sua publicação no DOU.

VIII - Conclusão

Como se pôde observar, a Lei Maria da Penha é uma proposta inovadora e polêmica em diversos pontos. Alguns segmentos da sociedade criticaram muitos dos dispositivos hoje sancionados. Há quem alegue que a Lei será inexequível. Entretanto, somente o tempo poderá nos mostrar o que foi acertado e onde se errou.

Certo é que essa lei é fruto do processo democrático suprapartidário.

O que se viu foi a transmutação do clamor social em norma jurídica, em um belíssimo processo legislativo. Representou, sem dúvida, a união dos Poderes, trabalhando lado a lado e na mesma direção em prol de uma solução conjunta a esse problema social grave e de conseqüências nefastas às futuras gerações de brasileiros.

O processo também demonstrou a necessidade de participação popular e de entidades classes nos debates. A mobilização social traz resultados: a pressão é legítima e o processo é democrático. Assim como o Direito não socorre a quem dorme, o Legislativo não ouve quem se cala.

Esperamos que a nova lei seja ainda muito discutida e sua aplicação renovada em interpretações jurídicas cada vez mais justas e adequadas. Rogamos que o Judiciário deixe aberta uma brecha de criatividade na aplicação da novel Lei, não se fechando tal qual ocorreu inicialmente com a Lei dos Juizados Especiais, nos idos de 1995.

Afinal, a intenção é boa. E a causa, justa e necessária.

Notas

Cf. EM nº 016 - SPM/PR.

Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=227>> Acesso em: 3.ago.2006

Decreto legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983 (Promulgação: Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984.

Reservas ao artigo 15, parágrafo 14, e ao artigo 16, parágrafo 1º, letras a, c, g, h.

Decreto legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994 (Promulgação: Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002)

Decreto legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995 (Promulgação: Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996)

Decreto legislativo nº 107, de 06 de junho de 2002 (Promulgação: Decreto nº 4.316, de 30 de julho de 2002)

"Art. 2 - As comunicações podem ser apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, que se encontrem sob a jurisdição do Estado Parte e aleguem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos estabelecidos na Convenção por aquele Estado Parte, ou em nome desses indivíduos ou grupos de indivíduos. Sempre que for apresentada em nome de indivíduos ou grupos de indivíduos, a comunicação deverá contar com seu consentimento, a menos que o autor possa justificar estar agindo em nome deles sem o seu consentimento."

Mais detalhes sobre o caso podem ser obtidos em:

<http://www.mulheresnobrasil.org.br/pdf/PMB_Cap8_Reportagem.pdf>

Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 2.ago.2006.

Resposta da Delegação Brasileira ao Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). Disponível em: <<http://www.un.int/brazil/speech/03d-ef-cedaw-response-portugues-0707.htm>> Acesso em: 2.ago.2006.

Exemplo típico dessa mudança foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que incluiu o § 3º no art. 5º, para dispor que "*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*".

JESUS, Damásio de. **Violência doméstica**. São Paulo : Complexo Jurídico Damásio de Jesus, ago. 2004. Disponível em: http://www.damasio.com.br/?page_name=art_023_2004&category_id=32. Acesso em: 2.ago.2004

Op. cit.

Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004.

Bibliografia

- BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.
- BRASIL. Código de Processo Penal. (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).
- BRASIL. Código Penal. (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.).
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Seguridade Social e Família (2005 : 2006). Projeto de Lei nº 4.559, de 2004. Parecer nº 1-CSSF. Relatora: Deputada Jandira Feghali, que concluiu pela aprovação da matéria, na forma do substitutivo, e pela rejeição do PL 4958/2005, e do PL 5335/2005, apensados.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2000). Relatório nº 54/01. Caso 12.051: Maria da Penha Maia Fernandes. 4.abr.2001.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher: Convenção de Belém do Pará. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Base8.htm>>
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CEDAW. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>>
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Subchefia de Assuntos Parlamentares. Exposição de Motivos nº 016 - SPM/PR. 16.nov.2004.
- SENADO FEDERAL. Comissão Diretora (2006). Redação Final ao Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2006.
- SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. (2006). Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2006. Parecer nº 638, de 2006. Relatora: Senadora Lúcia Vânia, que concluiu pela aprovação da matéria, com as alterações redacionais devidas, nos termos do texto consolidado.

DÚVIDAS JURÍDICAS, por Ângelo Amaral

Site: <<http://zoiando.com.br/angeloamaral/?p=7>>

LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006)

A Lei Maria da Penha surgiu no intuito de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e, ainda, de estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O Projeto de Lei de Conversão (PLC) 37/2006 é o resultado final de um projeto enviado pela ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéia Freire, ao Congresso Nacional em 25 de novembro de 2004. Fruto de um longo processo de elaboração a “Lei Maria da Penha” leva este nome em homenagem à Maria da Penha Maia, 60 anos, três filhas, hoje líder de movimentos de defesa dos direitos das mulheres, vítima emblemática da violência doméstica. Em 1983, seu ex-marido, professor universitário, tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez atirou contra ela, e na segunda tentou eletrocutá-la. Por conta das agressões sofridas, Penha ficou tetraplégica. 19 anos e 6 meses depois seu agressor foi condenado à oito anos de prisão. No entanto, por meio de recursos jurídicos, ficou preso por dois anos, sendo solto em 2002, estando livre atualmente.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Para os efeitos da lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher é configurada quando houver qualquer AÇÃO ou OMISSÃO baseada no gênero que lhe cause:

- morte;
- lesão;
- sofrimento físico;
- sofrimento sexual;
- sofrimento psicológico;
- dano moral ou dano patrimonial.

ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência pode se dar em três esferas:

- No âmbito da unidade doméstica

Espaço de convívio permanente de pessoas
 COM vínculo familiar
 SEM vínculo familiar
 INCLUSIVE AS ESPORADICAMENTE AGREGADAS
 - No âmbito da família

Unidos por laços naturais
 Unidos por afinidade
 Unidos por vontade expressa

- Em qualquer relação íntima de afeto

O agressor conviva com a ofendida
 O agressor tenha convivido com a ofendida
 INDEPENDENTEMENTE DE COABITAÇÃO

FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Formas de violência contra a mulher:

- violência física;
- violência psicológica;
- violência sexual;
- violência patrimonial;
- violência moral.

DEVERES DA AUTORIDADE POLICIAL

O atendimento pela autoridade policial deverá:

- a) garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
- b) encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
- c) fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;
- d) se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;
- e) informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

- a) ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
- b) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
- c) remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;
- d) determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
- e) ouvir o agressor e as testemunhas;
- f) ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
- g) remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

MEDIDAS PROTETIVAS ASSEGURADAS À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR:

- OBRIGAM O AGRESSOR

As medidas protetivas de urgência serão aplicadas pelo magistrado no sentido de obrigar o agressor e proteger a ofendida. Poderão ser aplicadas **EM CONJUNTO** ou **SEPARADAMENTE**. Em relação às medidas que obrigam o agressor, são elas:

- a) suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- b) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

c) proibição de determinadas condutas, entre as quais:

c.1) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

c.2) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c.3) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

d) restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

e) prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

- RESGUARDAM A OFENDIDA

Em relação às medidas que resguardam a ofendida, temos:

a) encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

b) determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

c) determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

d) determinar a separação de corpos.

NECESSIDADE DE RENÚNCIA JUSTIFICADA

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.

PROIBIÇÃO DE PENAS COM CARÁTER PECUNIÁRIO OU PATRIMONIAL

É 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.

POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR

Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS À OFENDIDA

A OFENDIDA DEVERÁ SER NOTIFICADA DOS ATOS PROCESSUAIS RELATIVOS AO AGRESSOR, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público. A OFENDIDA NÃO PODERÁ ENTREGAR INTIMAÇÃO OU NOTIFICAÇÃO AO AGRESSOR.

MUDANÇA NA LEI DE EXECUÇÕES PENAS – PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO E REEDUCAÇÃO

NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER, O JUIZ PODERÁ DETERMINAR O COMPARECIMENTO OBRIGATÓRIO DO AGRESSOR A PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO E REEDUCAÇÃO.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar DEVERÁ ESTAR ACOMPANHADA DE ADVOGADO, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei, garantindo o acesso aos serviços de DEFENSORIA PÚBLICA OU DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

ESTRUTURAÇÃO DE JUIZADOS ESPECIAIS PARA TRATAR SOBRE OS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A lei 11.340/2006 prevê a criação de Juizados Especializados para tratar dos casos de violência doméstica e familiar e das questões relacionadas, tais como separação, guarda de filhos menores, alimentos e outras causas pertinentes.

Cumprir registrar 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 pertinente.

Mulheres cearenses agredidas pelo companheiro terão mais instrumentos de defesa. Dois juizados especiais de defesa contra a violência doméstica, informatizados e funcionando com sistema virtual, serão implantados, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), até dezembro, sendo um em Fortaleza e outro em Juazeiro do Norte.

PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA NOVA LEI – ANTES E DEPOIS

NÃO EXISTIA LEI ESPECÍFICA SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. A LEI 11.340 TIPIFICA E DEFINE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

NÃO HAVIA PREVISÃO SOBRE AS FORMAS DESTA VIOLÊNCIA. ESTABELECE AS FORMAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER COMO SENDO FÍSICA, PSICOLÓGICA, SEXUAL, PATRIMONIAL E MORAL.

NÃO TRATAVA DAS RELAÇÕES DE PESSOAS DO MESMO SEXO. DETERMINA QUE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER INDEPENDE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL.

A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI 9.099/95) ERA APLICADA PARA OS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESTES JUIZADOS JULGAM OS CRIMES COM PENA DE ATÉ DOIS ANOS (MENOR POTENCIAL OFENSIVO).

RETIRA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI 9.099/95) A COMPETÊNCIA PARA JULGAR OS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.

ERA PERMITIDA A APLICAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS COMO AS DE CESTAS BÁSICAS E MULTA.

PROÍBE A APLICAÇÃO DESTAS PENAS.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS TRATAVA, SOMENTE DO CRIME, MAS PARA A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA RESOLVER AS QUESTÕES DE FAMÍLIA (SEPARAÇÃO, PENSÃO, GUARDA DE FILHOS) TERIA QUE INGRESSAR COM OUTRO PROCESSO NA VARA DE FAMÍLIA.

SERÃO CRIADOS JUIZADOS ESPECIAIS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER COM COMPETÊNCIA CÍVEL E CRIMINAL PARA ABRANGER TODAS AS QUESTÕES.

A AUTORIDADE POLICIAL EFETUAVA UM RESUMO DOS FATOS ATRAVÉS DO TCO (TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA).

PREVÊ UM CAPÍTULO ESPECÍFICO PARA O ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL PARA OS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.

A MULHER PODIA DESISTIR DA DENÚNCIA NA DELEGACIA.
A MULHER SOMENTE PODERÁ RENUNCIAR PERANTE O JUIZ.

A MULHER ENTREGAVA, MUITAS VEZES, A INTIMAÇÃO PARA O AGRESSOR COMPARECER EM AUDIÊNCIA.
É VEDADA A ENTREGA DA INTIMAÇÃO PELA MULHER AO AGRESSOR.

A LEI NÃO PREVIA A PRISÃO EM FLAGRANTE DO AGRESSOR.
POSSIBILITA A PRISÃO EM FLAGRANTE.

NÃO HAVIA PREVISÃO PARA PRISÃO PREVENTIVA PARA OS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.
ALTERA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA POSSIBILITAR AO JUIZ A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA QUANDO HOVER RISCOS À INTEGRIDADE FÍSICA OU PSICOLÓGICA DA MULHER.

A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA GERALMENTE NÃO ERA INFORMADA QUANTO AO ANDAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS.
A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SERÁ NOTIFICADA DOS ATOS PROCESSUAIS, ESPECIALMENTE QUANTO AO INGRESSO E SAÍDA DA PRISÃO DO AGRESSOR.

A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, EM GERAL, COMPARECIA DESACOMPANHADA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO NAS AUDIÊNCIAS.
A MULHER DEVERÁ ESTAR ACOMPANHADA DE ADVOGADO OU DEFENSOR EM TODOS OS ATOS PROCESSUAIS.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NÃO ERA CONSIDERADA AGRAVANTE DE PENA.
ALTERA O ARTIGO 61 DO CÓDIGO PENAL PARA CONSIDERAR ESTE TIPO DE VIOLÊNCIA COMO AGRAVANTE DA PENA.

A PENA PARA O CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ERA DE 6 MESES A 1 ANOS.
A PENA DO CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PASSOU A SER DE 3 MESES A 3 ANOS.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER PORTADORA DE DEFICIÊNCIA NÃO AUMENTAVA A PENA.
SE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FOR COMETIDA CONTRA MULHER PORTADORA DE DEFICIÊNCIA, A PENA SERÁ AUMENTADA EM 1/3.

NÃO HAVIA PREVISÃO DO COMPARECIMENTO DO AGRESSOR A PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO E REEDUCAÇÃO.
ALTERA A LEI DE EXECUÇÕES PENAS PARA PERMITIR QUE O JUIZ DETERMINE O COMPARECIMENTO OBRIGATÓRIO DO AGRESSOR A PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO E REEDUCAÇÃO

Violência doméstica: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade

Texto extraído do **Jus Navigandi**
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9304>

Rodrigo da Silva Perez Araujo

assessor jurídico do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do TJDF e pela Fundação Escola do MPDFT

Resumo:

A nova hipótese de prisão preventiva estabelecida pela Lei 11.340/06 não encontra reprovação no arcabouço legal capitaneado pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, nem na Constituição Federal.

Houve adequação sistemática da prisão *ante tempus*.

O estágio técnico-jurídico e social atuais indicam a adequação da prisão – condicionada temporalmente ao tempo mínimo de prisão cominada à conduta optada – como medida idônea a garantir efetividade às medidas de proteção instituídas pela Lei Maria da Penha.

Ademais, não há em nosso ordenamento outro meio idôneo a garantir a dignidade da mulher em situação de violência doméstica, de modo que se deve atribuir maior *peso* a seu direito à integridade, à vida mesmo, em detrimento da episódica restrição da liberdade do agressor.

Palavras-chave: violência doméstica. Prisão preventiva. Possibilidade jurídica. Princípio constitucional da proporcionalidade: adequação dos meios aos fins e menor restrição possível.

Sumário: 1. Introdução; 2. Colocação e debate; 3. Bibliografia.

1. Introdução

A Lei 11.340/06 introduziu nova possibilidade de prisão preventiva – para assegurar a efetividade das medidas de proteção nela previstas –, oportunidade em que acrescentou o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal. Compatibilização relevante porque a lesão corporal leve é, estatisticamente, a violência doméstica mais significativa contra a mulher.

Entretanto, permanece a controvérsia acerca da constitucionalidade desta prisão cautelar, pois o princípio da proporcionalidade indica a que a prisão *ante tempus* não poderia ser mais severa que a pena ao final aplicada ao acusado.

2. Colocação e debate.

Antes de nos posicionarmos propriamente a respeito da possibilidade constitucional e legal, em tese e conforme art. 20 da Lei 11.340/06^[01], da prisão preventiva nos casos de violência doméstica, faz-se pertinente considerar a sede adequada para a discussão da questão, o resultado admissível da ponderação entre os valores e princípios envolvidos, (sem vírgula) e a inexistência de incompatibilidade dessa nova possibilidade com as disposições legais pertinentes à prisão *ante tempus*.

(A) O Direito tem pretensões sistemáticas, pois impõe ao Legislador e ao intérprete, por lógica, ainda que não a formal – própria das ciências naturais -, mas a do razoável^[02], calcada nos valores eleitos e na adesão do *auditório*^[03], o princípio da não-contradição, ou melhor, um dever de coerência.

Esse sistema pode ser lido, como fez KELSEN, de um ponto de vista estático, dando ênfase à Constituição, fundamento de validade das normas, ou de um ponto de vista dinâmico, assim entendido como aquele que, por *indução*, procura fazer prevalecer o valor eleito como parâmetro deontico, do dever-ser. Essa é a lição de NORBERTO BOBBIO^[04].

O Mestre, após assentar que o sistema jurídico seria um *tertius genus* resultante dessas duas modalidades de sistema, aduz que:

"... confrontando com um sistema dedutivo, o sistema jurídico é alguma coisa menos; confrontando com o sistema dinâmico do qual falamos no parágrafo anterior, é algo de mais: de fato, se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras".

Mais adiante, após apresentar com clareza impar as antinomias jurídicas, salienta a insuficiência dos critérios tradicionais de interpretação: verificação da contemporaneidade das normas, bem como de

sua hierarquia e de se tratar de normas gerais ou especiais, pois são possíveis, sem prejuízo de qualquer natureza, contradições valorativas instintivas.

Acrescenta, em lição pertinente, que o dever de coerência, portanto, não é condição de validade, mas de justiça do ordenamento^[05].

Justiça é daquelas definições altamente controvertidas em Direito. Entretanto, sem maiores digressões, por exemplo, a respeito de sua coincidência com a moral, como quis KELSEN^[06], é possível entendê-la, ao menos de um ponto de vista prático, como atenção aos *princípios gerais do Direito*. Essa é a lição de OTFRIED HÖFFE, professor *honoris causa* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul:

Em estilo claro e sintetizado de modo aforístico, como que talhado em pedra, eles declaram: ‘As prescrições do direito são estas: viver honestamente, não lesar ninguém, dar a cada um o que é seu’.

(...)

De acordo com entendimento convencional, os três princípios afirmam essencialmente a mesma coisa. O primeiro, ‘vive honestamente’ (*honeste vive*), ordena uma probidade que consiste, em sua determinação negativa, na proibição ‘não leses ninguém’ (*neminem laede*) e, positivamente, no imperativo ‘dá a cada um o que é seu’ (*suum cuique tribue*)^[07].

Sabe-se que a Constituição é o primeiro *fato jurídico* do fenômeno político – evidência próxima disso é nossa Carta Constitucional e os embates que se deram na Assembléia Constituinte.

Logo, podemos dizer que:

... o legislador [inclusive o infraconstitucional] se põe em conflito com as suas próprias valorações, e que, portanto, a contradição valorativa é uma contradição *imane*nte. (...) Diferentemente das contradições normativas, que de forma alguma podemos deixar subsistir, as contradições valorativas têm em geral que ser aceitas^[08].

Tal confronto, que se dúvida também se dá em sede infraconstitucional, é solvido pelo *princípio da proporcionalidade*, com sede no princípio do devido processo legal substantivo, e seus conhecidos subprincípios da *adequação do meio-fim*, da *necessidade* e da *menor restrição possível*. Adensa o *princípio da razoabilidade*, pelo qual “...o intérprete/aplicador avalia a *lógica do razoável* (...) tenta *compatibilizar interesses com razões e não a causa com o efeito*. (...) Enquanto a lógica formal busca referenciar causa e efeito, a lógica do razoável define a *decisão que melhor compatibiliza interesses e razões* que são apenas *experimentalmente referenciáveis, sujeitos a valorações subjetivas*. (...) Essa lógica do razoável se caracteriza, resumidamente, por estar: a) *condicionada à realidade concreta* do mundo histórico-social para o qual estão voltadas as normas jurídicas; b) *repleta de postulados axiológicos, valores que devem se relacionar com as possibilidades e limitações do mundo real e que constituem o objetivo que define as escolhas dos fins almejados pelo intérprete*. (...) CHAIM PERELMAN... leciona que os direitos concedidos a um indivíduo não podem ser exercidos de forma desarrazoada, ou seja, de forma abusiva, inaceitável pela comunidade num dado momento. Assim, o desarrazoado ocorreria quando, da aplicação concreta de determinada lei, decorressem conseqüências *injustas*, ridículas ou opostas ao normal funcionamento do Estado”^[09].

A razoabilidade diz respeito, portanto, aos *anseios da sociedade*.

Oportuno é o esclarecimento de FÁBIO ULHOA COELHO:

O aplicador do direito, para fazer uso da lógica do razoável, deve investigar algumas relações de congruência. Especificamente, ele deve se indagar: quais são os valores apropriados à disciplina de determinada realidade (congruência entre realidade social e os valores)? Quais são os propósitos concretamente factíveis com os valores prestigiados (congruência entre os fins e a realidade social)? Quais são os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins)?^[10]

Pois bem, exemplo legislado no Código Penal da convivência de proteções conflitantes dispensadas a valores significativos e da aplicação da lógica do razoável é, para mencionar apenas um, o seguinte: estatui o art. 128, inc. II, dessa codificação que *não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*.

É o que se convencionou chamar de *aborto sentimental*.

Não vemos como deixar de perceber aí uma *ponderação do legislador* – em norma cuja constitucionalidade jamais foi questionada – *entre o direito à vida daquele ser em formação* – cujos interesses são resguardados na esfera cível (Código Civil, art. 2º, *in fine*) – e o *direito da gestante a uma sobrevivência digna*, sem os percalços psicológicos que aquela vida, produto de *conjunção carnal* não consentida, obviamente, lhe traria.

Tema atual, aliás, haja vista a ainda não pacificada possibilidade ou não de aborto de anencéfalo, tendo havido inclusive medida liminar no Supremo Tribunal Federal admitindo essa possibilidade, apesar de digladiarem diversos setores sociais, cada um buscando ver preponderar seu ponto de vista.

O Ministro Marco Aurélio afirmou, quando da análise da questão, que "A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero" ^[11].

Avulta, nessa quadra, a significação que se deve dar ao interesse preponderante, ou de maior *peso*, no confronto do direito à liberdade do agressor em face do direito, em última análise, à vida da mulher vitimada; o que se deve fazer pela lente da insuficiência dos meios e métodos postos pelo ramo meta-penal do Direito para a solução da violência doméstica.

Seguindo esta linha de raciocínio, a *família* é a menor unidade social – célula *mater* –, hoje *funcionalizada*, ou melhor, concebida não mais como um fim em si mesma ^[12], mas reconhecida como *locus privilegiado* para o mais amplo e completo possível *desenvolvimento* da *personalidade*, núcleo ^[13] do princípio da dignidade da pessoa humana ^[14].

Ao resguardar expressamente a *dignidade humana* no contexto da proteção dispensada à família, a Constituição Federal está a impor o respeito a "todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua *integridade física, psíquica e intelectual*, além de garantia a sua *autonomia e livre desenvolvimento da personalidade* [veja a *semelhança entre estes aspectos e as formas de violência contra a mulher, tipificadas no capítulo II do título II, art. 7º da Lei Maria da Penha*].

"A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola propulsora da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como conseqüências naturais: i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; ii) a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais inclusive) mínimos para que se possa viver; e iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade.

"A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais" ^[15].

Essas considerações são lugares comuns, mas nem por isso desinfluentes, na interpretação e cotidiana aplicação do direito. É o que nos revela a consulta à jurisprudência deste E. TJDF.

(B) Nesta senda, ambos os atores do tristemente afamado episódio de violência doméstica e familiar são dotados dessa intrínseca qualidade de ser, de modo que aqui se revela (i) a insuficiência dos métodos ortodoxos de compreensão e aplicação do Direito legislado e (ii) campo fértil para a ponderação dos confrontantes valores: (ii.i) *necessidade contrafática* de afastar o agressor da mulher – hipossuficiente no aspecto físico, no mais das vezes ^[16] –, assim compreendido nos termos da Lei 11.340/06, respeitando, portanto, a dignidade da mulher e, em conseqüência, de seus *filhos*, cujos modelos (a serem seguidos ou jamais o ser) para toda a vida são ambos os pais – merecedores de *proteção integral* (Constituição Federal, art. 227); (ii.ii) necessidade de resguardar a dignidade *do agressor*, que *não pode ter sua liberdade cerceada senão nas excepcionais hipóteses legais*, haja vista o direito/garantia constitucional da *presunção de não-culpabilidade* (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVII) a impor, por critério de justiça procedimental, que a ele não seja dispensado tratamento de culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A questão, portanto, que subjaz à possibilidade jurídica de decretação da prisão preventiva para os casos de violência doméstica (Lei 11.340/06, art. 20), se apresenta mais em termos principiológicos do que de conformidade infraconstitucional ou coerência legal. Não é decorrência de eventual conflituosidade entre a nova possibilidade de prisão *ante tempus*, com o arcabouço normativo capitaneado pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

Trata-se de *antinomia* apenas *aparente*, pois a *novatio legis é lei especial posterior e da mesma hierarquia do Código de Processo Penal* (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º), reformando-o, inclusive, ao acrescentar mais um inciso ao art. 313 dessa codificação.

Assim é que, apesar do respeito que temos às opiniões em contrário e das limitações intrínsecas a uma *primeira aproximação do tema*, não há incompatibilidade entre a nova possibilidade de prisão preventiva e os artigos do Código de Processo Penal sobre o tema.

Pertinente é considerar que há Súmula do Superior Tribunal de Justiça compatibilizando, em tese, entre (tirar) o teor do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal e a prisão cautelar. Calha, assim, tendo em vista a relevância e repercussão do tema, a leitura do precedente mais moderno desse consagrado Enunciado ^[17], desde já pedindo vênias pela extensão do excerto:

Com o devido respeito ao Professor Frederico Marques, entendo que seu parecer está equivocado. Isto porque, quando a Constituição Federal estabelece que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' nada mais está fazendo do que elevar, a nível constitucional, velho e conhecido princípio geral de direito penal. Neste sentido foi o julgamento do HC...

Em verdade, como tem sido reiteradamente decidido pelo Tribunal recorrido [TJSP], *o dispositivo constitucional deve ser interpretado em consonância com os demais textos que disciplinam a prisão*, não

sendo correto sustentar somente ser possível, depois da vigência da nova Constituição da República, a prisão de quem já tenha sido definitivamente condenado.

Com efeito, como salientou o Desembargador Canguçu de Almeida, acolhendo parecer deste Procurador de Justiça, 'o preceito constitucional obsta a conceituação como culpado, mas não veda a imposição provisória da prisão, quando decorra esta de determinação legal (como no caso do art. 35 da Lei 6.368/76) ou o prudente arbítrio do juiz (como em casos de prisão preventiva); proíbe, como ressaltado no parecer de fls. 47/49, a reprovação social, mas não impede que, em nome da garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, se imponha a prisão cautelar do agente'...

Assim é que 'não há novidade neste preceito e nem possui qualquer influência sobre as formas de prisão preventiva, que continuam existentes...' ^[18] (destaques nossos).

Tais ponderações são atuais, pois é recorrente o brado pela *presunção de inocência*.

(C) A sistemática legal da prisão cautelar indica que são óbices a sua admissibilidade: (i) tratar-se de *crime culposo ou não punido com reclusão* (CPP, art. 313); (ii) que a pena de reclusão cominada seja de tal monta que, tendo em vista o regime prisional a ser aplicado, *a prisão cautelar seja mais grave que a sanção eleita pelo legislador*, o que faz incidir a reprovação do princípio da proporcionalidade, pois o meio empregado – prisão – é inadequado aos fins da Jurisdição, uma vez que o convívio social do agente não foi considerado pernicioso, em abstrato.

Pois bem, não vemos incompatibilidade entre a nova possibilidade de prisão cautelar para assegurar o cumprimento e *efetividade das medidas de proteção descritas na Lei Maria da Penha* e a sistemática legal e constitucional da prisão *ante tempus*.

Veja-se a redação do art. 42 da citada Lei:

Art. 42. O [art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941](#) (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

"Art. 313....

.....

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência." (NR)

Decorre da subordinação do teor das *partes* do artigo ao contido em sua cabeça, como impõe o art. 10 da Lei Complementar 95/98, que nos crimes dolosos punidos com *detenção*, como, v.g., a lesão corporal leve perpetrada em situação de violência doméstica – hipótese estatisticamente mais relevante – a sistemática infraconstitucional foi adaptada às pertinentes críticas da doutrina quanto à impropriedade das *medidas despenalizadoras* da Lei 9.099/95 no caso ^[19], e que o rito ainda teria aplicação, haja vista a celeridade que propicia, sem prejuízo da correção da prestação jurisdicional e da garantia constitucional ampla defesa.

Apesar de aviltante e comprometedora da integridade deste caro ser que é a mulher (mãe, esposa, irmã etc.), a realidade da violência doméstica, apesar dos diversos *Tratados e Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil*, somente em tempos recentes tem merecido atenção.

(D) A evolução legal do tema revela, com o devido respeito, certo descompromisso e assistemática legislativa: (i) primeiramente a pena mínima cominada foi aumentada, o que foi desinfluyente, pois continuava a incidir a Lei 9.099/95 e a malsinada pena de pagamento de *cesta-básica* que, além de não servir como prevenção, seja geral ou especial, incentivava o desrespeito, haja vista a impunidade decorrente do tratamento da questão como infração de menor potencial ofensivo ^[20]; (ii) a Lei 11.340/06 afasta, de modo ambíguo e questionável em certos aspectos a aplicação da Lei 9.099/95 ^[21].

Pesquisa realizada pelo *Senado Federal* ^[22] transparece a violência doméstica como agir *tradicional* que tem como âmbito comum a família, e que não é incomum a reiterada prática dessa modalidade de desrespeito – a pesquisa revelou que 50% das mulheres inquiridas já tinham sido *violentadas por 04 ou mais vezes*.

Há mais.

Outra pesquisa, dessa vez realizada pelo *IBOPE* neste ano de 2006, estarece ao constatar que "Em cada quatro entrevistados, três consideram que as penas aplicadas nos casos de violência contra a mulher são irrelevantes e que a justiça trata este drama vivido pelas mulheres como um assunto pouco importante" ^[23].

A interpretação sistemático-teleológica do marco legal da prisão cautelar não deixa dúvidas sobre o cabimento, em tese e conforme as vicissitudes do caso concreto, da prisão em testilha:

Da interpretação sistemática do dispositivo acima transcrito, podem-se extrair as seguintes conclusões: 1 – a prisão preventiva cogitada na Lei "Maria da Penha" continua cabendo apenas diante de crimes dolosos, a uma porque o novel inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal se subordina ao

seu *caput*, onde, na parte final, se estabelece que a medida excepcional só cabe em crimes dolosos, estando, por conseguinte, excluídas de sua incidência as contravenções e os crimes culposos. A duas porque em sede de crime culposos não se cogita de "violência" doméstica e familiar contra a mulher; 2 – o inciso IV pode abranger qualquer crime doloso, independente da pena ou das condições pessoais do criminoso, desde que praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, com a identificação conceitual estabelecida nos arts. 5º e 7º da Lei em exame; 3 – neste caso específico de prisão preventiva do inciso IV, a medida será ainda mais excepcional e, necessariamente, subsidiária às outras medidas cautelares, definidas como protetivas de urgência, estabelecidas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei "Maria da Penha". Só caberá a prisão preventiva, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher aventadas exclusivamente no inciso IV do art. 313 para assegurar a eficácia daquelas medidas protetivas de urgência, se as mesmas, por si só, se revelarem ineficazes para a tutela da mulher; 4 – tal restrição, no entanto, se torna desimportante na hipótese do caso se enquadrar nas demais situações estabelecidas nos arts. 313, I, II e III do Código de Processo Penal, os pressupostos clássicos da prisão preventiva, ou seja, crime doloso punido com reclusão, punido com detenção quando o réu é vadio ou há dúvidas sobre sua identificação, ou, independente da pena cominada, se o réu já foi condenado por outro crime doloso. Presentes algum dos outros três pressupostos da prisão preventiva, ainda que o crime seja resultado de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se precisará recorrer ao inciso IV, cabendo a prisão preventiva, independente da eficácia ou não das outras medidas protetivas de urgência, pelas simples hipóteses estabelecidas nos incisos I, II e III.

O inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, como visto, alarga sobremaneira as hipóteses de cabimento de prisão preventiva, passando a comportá-la, em tese, qualquer crime doloso, independente da pena cominada (injúria, ameaça, lesão corporal etc.), desde que resultado de violência doméstica e familiar contra a mulher, em sua concepção conceitual, e que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei "Maria da Penha" não sejam suficientes para a tutela da vítima. É preciso, portanto, principalmente nos crimes ditos de menor potencial ofensivo, como os acima mencionados, em virtude da pequena quantidade de pena privativa de liberdade cominada, que o Juiz aja com bastante prudência na hora de decidir pela prisão do agressor, medida que só pode ser reservada a *ultima ratio* e, em nenhuma hipótese, pode exceder, em tempo de duração, à projeção de aplicação da pena privativa de liberdade cominada, em caso de condenação, o que faria com que perdesse o contorno de cautelaridade que se deve exigir da prisão preventiva^[24].

(E) Esta última observação é extremamente importante, pois a Constituição reprovou, no inciso XLVII do art. 5º, as penas de caráter perpétuo.

(F) Noutro giro, não há lesão ao princípio da proporcionalidade, apesar de ser inegável a *mora legislativa* em dar correto tratamento ao tema, tanto em seus aspectos meta-penais – talvez os mais pertinentes – quanto em relação às penas cominadas. E isso mesmo em face do *princípio da intervenção mínima*.

Este princípio – valor condensado, se preferirmos uma imagem – determina, nas palavras de LUIZ RÉGIS PRADO que o Direito Penal "só deve atuar na esfera dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa"^[25].

Pois bem, é indubitável que nosso ordenamento está equipado com outros meios tendentes a dar cobro à violência doméstica.

Todos ineficazes, entretanto.

Há a medida cautelar de separação de corpos; de afastamento do cônjuge do lar conjugal; de alimentos provisionais; a punibilidade da ameaça; já havia a lesão corporal, independentemente de quem seja a vítima e de seu relacionamento com o agressor; etc.

Mas a *realidade* nos informa que *nenhuma* dessas medidas foi ou têm sido *eficazes* para evitar ou fazer cessar a violência doméstica e familiar baseada no gênero – incluindo-se mesmo a violência contra a criança ou contra o idoso. Lembremos que, nos termos do art. 5º da Lei 11.340/06, os bens jurídicos tutelados são: a integridade física, sexual, psicológica, moral e patrimonial. É materialmente típico até mesmo o sofrimento relevante decorrente da mácula a tais bens.

Talvez a seara penal não seja a mais adequada ao tratamento do tema^[26].

Mas é urgente a adoção de alguma postura idônea, tal como a fuga da presa que *sente* seu predador a rondá-la. Ou, em outra imagem, da mulher que, dadas as circunstâncias, se vê *dormindo com o inimigo*.

(G) O direito comparado nos apresenta significativos exemplos no sentido de que a via extrema deva ser empregada na falência dos demais mecanismos à disposição do julgador.

MARIA ELISABETE FERREIRA^[27], dissertando sobre o ordenamento jurídico português, informa que apesar de a solução penal não ser suficiente para erradicar o problema da violência conjugal, tem sido adotada diante da insuficiência dos outros instrumentos disponibilizados por aquele ordenamento jurídico – situação em tudo semelhante ao que ocorre entre nós.

O fato concreto, que *sangra* aos olhos, é vivermos em um Estado de Direito democrático que tem na legislação – assim entendida como fruto do processo legislativo constitucional e, portanto, veiculadora do interesse público^[28] – o limite da atividade do aplicador do Direito^[29] cotejado com a urgência de livrarmos nossas mulheres desta odiosa faceta da violência: a perpetrada em casa e pelo ente amado – o que foi amado em outros tempos.

A realidade demonstra não haver meio menos gravoso de limitar a ação do agressor em favor da integridade – do direito à vida mesmo^[30] – da mulher vítima, forçoso convir que a prisão preventiva, revelada no caso concreto como necessária, meio idôneo à garantia de não reiteração da violência e da efetividade das medidas integradas de prevenção e proteção é a medida cautelar que se impõe.

(H) Oportuna é a lição de DANIEL SARMENTO, indicativa da relevância do problema e das soluções possíveis para o caso concreto:

A partir do caso concreto, o operador do direito deve buscar a solução mais justa, através de um procedimento circular, por intermédio do qual são testados os diversos *topoi* (pontos de vista), para verificar qual deles acena com a melhor resposta para o problema enfrentado^[31].

Nesta esteira, também não há incompatibilidade com a nova previsão de prisão preventiva com os expressos termos do art. 312 do CPP que em seu primeiro inciso permite a prisão preventiva para *garantia* da ordem pública.

Este conceito – ordem pública – é dos mais controvertidos em Direito, mas não há dúvidas em definir a prisão preventiva para garantia da ordem pública como aquela "decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir", como sintetiza FERNANDO CAPEZ, haja vista o "evidente perigo social decorrente na demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nesta hipótese"^[32].

O mesmo entendimento, acolhido sem divergência significativa pela Jurisprudência, é exarado pelo garantista PAULO RANGEL, ao lecionar que "Por ordem pública, deve-se entender a paz e tranqüilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade"^[33].

Mesmo o advogado FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO atesta idêntico entendimento em sua doutrina:

A lei fala em 'garantia da ordem pública'. Segundo De Plácido e Silva, entende-se por ordem pública a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (*Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 1101). Ordem pública é a paz, a tranqüilidade no meio social^[34].

Logo, a prática de crimes contra a mulher em situação de violência doméstica é suporte fático suficiente à incidência do inc. I do art. 312 do CPP^[35].

(I) Noutro giro, não há equivalência material entre as situações de quem opte por lesar o patrimônio mediante violência ou grave ameaça superiores ao necessário à incidência da norma penal incriminadora, ou em relação àquele já imerso no mundo dos crimes graves, e o homem que, abusando da relação de amor, hospitalidade ou afetividade, enfim, da intimidade com a mulher vítima, *lesione sua personalidade nos mais diversos aspectos*, tal como disciplinado na Lei Maria da Pena.

Apesar disso e ainda assim, há *diferenciado juízo de reprovação da conduta* que, cada exemplo a seu modo e consoante as possibilidades legais, importa em elevada desaprovação da conduta e de seu resultado.

Em sede de criminalização primária já foi prevista pena maior para a lesão corporal leve praticada em situação de violência doméstica, de modo que, no mais das vezes, não se poderá bradar a periculosidade do agente como móvel da prisão preventiva.

Mas a lei, atenta, talvez, a isso e à disciplina da proteção dos direitos humanos, elegeu paradigma diferente para a aferição da necessidade da prisão cautelar: a efetividade das medidas de proteção.

(J) A ponderação entre a sanção eleita para a conduta optada e os rigores da medida cautelar – por obra do princípio da proporcionalidade ou, na visão de PAULO RANGEL, também do princípio da homogeneidade – deve ser mitigada à vista da ponderação entre a *dignidade da mulher (e seus filhos)*^[36]

– expressamente referida na Lei 11.340/06, na Constituição Federal e em diversos diplomas de Direito Internacional ratificados pelo Brasil –, a *dignidade do agressor* eventualmente levado à prisão e o *efetivo acesso à Jurisdição*.

Pois bem, a "nova lei fundamenta-se em normas diretivas consagradas na Constituição Federal (art. 226, § 8º), na Convenção da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e na Convenção Interamericana para Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Preâmbulo e art. 1º). Seu fundamento político-jurídico, portanto, é admirável e difícil de ser contestado"^[37].

Fato que avulta em pertinência e relevância quando se observa que *é direito fundamental até então implícito*^[38] a integridade físico-psíquica da mulher. Tal integridade, elemento do fundamento da República positivado no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, é direito fundamental no aspecto formal e material também, conforme lição de INGO WOLFGANG SARLET^[39].

Consoante esse entendimento é a lição de LUIZ VICENTE CERNICCHIARO:

A Constituição de 1988, a exemplo das anteriores, relacionou direitos e garantias. A atual faz questão de arrolar direitos individuais e sociais. Em seguida, acrescentou que a especificação não excluía outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados. A doutrina classifica-os, respectivamente, direitos ou poderes explícitos e direitos ou poderes implícitos. Melhor chamar os últimos de 'inonimados'.

Pontes de Miranda noticia que a inspiração foi a Emenda IX à Constituição dos Estados Unidos da América, fonte também do art. 33 da Constituição da República Argentina e, através da Constituição brasileira de 1891, da Constituição de Portugal. O que se diz é que – os termos são os da Constituição americana – a enumeração de alguns direitos na Constituição não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que tem o povo.

A Constituição garante o direito à vida (art. 5º). Não menciona, expressamente, o direito à integridade corporal [e moral, pois o que se assegura, para além da vida, e uma vida digna]. Todavia, o resguardo é o mesmo. A vida é preservada em atenção ao homem. Não se pode pensar o homem sem integridade anatômica e funcionamento fisiológico^[40].

Assim é que, ao consagrar a tutela dos direitos humanos da mulher em situação de violência doméstica e ao prever a prisão cautelar do agressor como medida apta a possibilitar a efetividade das medidas de proteção, a Lei 11.340/06 positivou *ação afirmativa absolutamente necessária ante a insuficiência dos instrumentos disponibilizados pelos demais ramos do Direito*.

A experiência nazista revelou a insuficiência da previsão de direitos, evidenciando, a um só tempo, a necessidade de garantias e a conveniência, necessidade mesmo, de uma liga de nações e de um instrumental internacional apto a por termo às pretensões totalitárias dos Estados Nacionais e aos desrespeitos à vida humana, única, por isso, digna.

Mas de nada vale as *amarras* postas ao Poder Legislativo e a percepção da transcendência do princípio da razoabilidade, se o julgador, o intérprete de uma forma geral, pautar sua atuação, nas palavras de MOREIRA ALVES, por uma percepção e *interpretação fantasmagórica* do Direito, pela qual:

Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação (...) em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica^[41].

É de se considerar, portanto, existir "garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar", como leciona PAULO BONAVIDES.

A garantia não se confunde com o direito subjetivo, pois, em relação ao sujeito, consiste em "estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes"^[42].

Disso entendemos possível concluir não haver óbice lógico-jurídico em assegurar direito subjetivo a um determinado grupo de indivíduos garantido pela restrição de direito correlato, atribuído a outro grupamento de sujeitos.

Pois bem, a prisão cautelar do agressor é, sem dúvida, garantia do direito fundamental da mulher vitimada em sua integridade – implícita ao direito fundamental à vida.

E não há reprovação que se possa fazer por se estar a comprimir o direito a liberdade do agente. A opção do Legislador é *voz* legítima do interesse público e do povo, de que emana o Poder, e, portanto, deve ponderar.

Nesse sentido é a abalizada lição de DANIEL SARMENTO^[43], que nos indica que ao Poder Judiciário – deficitário em legitimidade, como sabemos – somente é permitido ponderar valores caso perceba eventual inconstitucionalidade ou *vazio* legislativo:

O uso do método de ponderação pressupõe a inexistência de regra legislativa específica,

resolvendo o conflito entre princípios constitucionais. A presença de norma infraconstitucional deste teor inibe o juiz de efetuar a ponderação, uma vez que ele terá de acatar aquela realizada de antemão pelo legislador, a não se quer a considere inconstitucional^[44].

No caso, não há vazio legal, a norma está aí clamando, assim como a realidade, as vítimas da violência e suas famílias, por aplicação.

E não há inconstitucionalidade. Caso assim fosse, incidiria o art. 481 do CPC a determinar a análise da questão, no caso desse E. TJDFT, pelo Órgão Especial, pois não há precedente a informar ser inconstitucional a nova possibilidade de prisão preventiva:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA. HONORÁRIOS. ART. 1º-D DA LEI 9.994/97. MP Nº 2.180-35. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO.

1. Os Tribunais, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, devem observar a norma dos arts. 97 da Constituição e 480-482 do CPC, que determinam a remessa da questão constitucional à apreciação do Órgão Especial, salvo se a respeito dela já houver pronunciamento deste órgão ou do Supremo Tribunal Federal.

2. (...)

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 676.725/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.09.2006, DJ 28.09.2006 p. 198).

(L) De outra parte, a Emenda Constitucional 45, *concessa venia*, afastou a relevância da lição de FLÁVIA PIOVESAN^[45] a respeito de que a Constituição Federal teria adotado sistema misto de integração dos Tratados Internacionais ao ordenamento interno: em se tratando de tratados sobre direitos humanos teríamos adotado *teoria monista*, segundo a qual a internalização seria automática; quanto às demais avenças internacionais ter-se-ia adotado a *teoria dualista*.

Fez-se opção por essa última construção teórica, pois mesmo os tratados que versem sobre direitos humanos não têm aplicabilidade imediata, como entendia aquela autora ser decorrência dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal, haja vista tratar-se de direitos fundamentais, pois devem submeter-se a procedimento legislativo próprio das emendas constitucionais para, após isso, adquirirem tal *status*.

Entretanto, o tema não perdeu sua relevância, haja vista julgamento ainda em andamento perante o Supremo Tribunal Federal da possibilidade jurídica – que, juntamente com o STJ, não admitimos – de prisão civil do depositário infiel^[46], em que o Ministro Gilmar Mendes, não meramente à guisa de *obiter dictum*, mas como *ratio decidendi*, salientou não se equiparar à legislação ordinária aquela proveniente de tratados e convenções internacionais, tais como os compromissos assumidos pelo Brasil perante a ordem internacional:

Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006. (RE-466343).

Disso emana a extrema relevância, no âmbito do *sistema global de proteção dos direitos humanos*, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, a assegurar a dignidade de todos, inclusive da mulher.

Na seara do *sistema especial de proteção* – a partir do qual se debruça sobre as particularidades e vicissitudes de grupos especialmente afligidos –, da *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, aprovada pelas Nações Unidas em 1979.

Destaca-se, ainda, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará").

Todos esses instrumentos foram ratificados pelo Brasil e denotam a necessidade de um *olhar* atualizado acerca da violência contra a mulher, bem como das medidas cautelares previstas para assegurar sua integridade e efetividade das medidas positivas de proteção.

(M) Mais do que isso, a Lei 11.340/06 está inserida no consagrado e almejado contexto de valorização da vítima.

(N) Os *direitos humanos* são um construído ético-social necessário à convivência. Quem seria capaz de negar que o fenômeno da violência hoje infelizmente tão em voga não tem seu embrião na vivência familiar, no exemplo que damos ou recebemos.

Os direitos humanos:

Compõem um *construído axiológico*, fruto de nossa história, de nosso pensamento, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. (...) os direitos humanos compõem a nossa *racionalidade de resistência*, na medida em que traduzem processos que abrem e *consolidam espaços de luta pela dignidade humana*^[47].

Ficam expostos (i) a espinha dorsal da questão e o caráter prospectivo do Direito, que, como se sabe, para além de ser ordem regulatória do agir em sociedade, legitimando o emprego da força, procura imprimir pauta valorativa e de condutas práticas, *tudo a fim de que tenhamos vida, e vida em abundância*; (ii) que não há ilegalidade ou inconstitucionalidade da nova modalidade de prisão cautelar instituída pela Lei 11.340/06.

3. Bibliografia

- Razoabilidade versus proporcionalidade. Disponível em: <
http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=4&area=1&id=75>. Acesso em: 11 dez. 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9ª ed.. Brasília: Editora UNB; 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2000.
- HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça?*, tradução de Peter Naumann, Coleção Filosofia, nº 155, Editora EDIPUCRS, Porto Alegre: 2003.
- ENGISH, Karl; *Introdução ao pensamento jurídico*. Edição Fundação Calouste Gulbenkian, tradução do original em alemão. Lisboa: 2001.
- BRAGA, Valeska e Silva; *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá; 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva; 2001.
- A liminar do Ministro Marco Aurélio que permitiu o aborto de fetos anencefálicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2006.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – teoria geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris; 2006.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3ª ed. RT : São Paulo; 2002..
- GOMES, Luiz Flávio. *Violência Doméstica: mais uma lei puramente simbólica*, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano V, nº 27 – ago-set 2004.
- EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Violência contra a mulher*, Suplemento Direito & Justiça do Jornal Correio Brasiliense de 08 de maio de 2006.
 , acesso em 11 de dezembro de 2006.
 , acesso em 11 de dezembro de 2006.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha"*. *Alguns comentários*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2006.
- FERREIRA, Maria Elisabete. *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina; 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva; 1999.
- LEAL, João José. *Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei nº 11.340/2006*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2006.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na Constituição*, 3ª ed. São Paulo: RT; 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros; 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad; 1998; pp. 34/47; e *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT; 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos*, vol. I. Curitiba: Juruá; 2006; p. 16.
-

Notas

⁰¹ Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva

do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

⁰² Recasens Siches foi haurir no Iluminismo do século XVIII, no racionalismo de Kant, a expressão hoje tão difundida: "A lógica do Direito é a lógica do razoável": in Razoabilidade versus proporcionalidade. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2006.

⁰³ Como leciona CHAIM PERELMAN.

⁰⁴ *Teoria do ordenamento jurídico*. 9ª ed.. Brasília: Editora UNB; 1997; pp. 71/74.

⁰⁵ *Teoria do ordenamento jurídico*. 9ª ed.. Brasília: Editora UNB; 1997; pp. 71/114, notadamente p. 113.

⁰⁶ *Teoria pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo: 2000, p. 71.

⁰⁷ O que é Justiça?, tradução de Peter Naumann, Coleção Filosofia, nº 155, Editora EDIPUCRS, Porto Alegre: 2003, p. 57.

⁰⁸ ENGLISH, Karl; *Introdução ao pensamento jurídico*. Edição Fundação Calouste Gulbenkian, tradução do original em alemão. Lisboa: 2001; p. 316.

⁰⁹ BRAGA, Valeska e Silva; *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá; 2004; p. 49 e 55/57.

¹⁰ *Roteiro de lógica jurídica*, 4ª ed., Saraiva: São Paulo, 2001, p. 85.

¹¹ *A liminar do Ministro Marco Aurélio que permitiu o aborto de fetos anencefálicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2006.

¹² Mirava-se a proteção do patrimônio – motivo que animou a vedação à separação judicial e ao divórcio, bem como era o móvel das classificações discriminatórias dos filhos.

¹³ Elemento que não pode ser suprimido sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e em sua estrutura. Ou melhor, razão de ser da previsão do direito.

¹⁴ Constituição Federal, art. 1º, inc. III (Fundamento da República) e art. 226, caput e respectivo §7º

¹⁵ CHAVES DE FARIAS, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – teoria geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris; 2006; pp. 91/93. No mesmo sentido, LUIZ RÉGIS PRAZO, que leciona que a dignidade da pessoa humana "não se trata de simples criação legislativa, porquanto apenas se reconhece no texto constitucional a eminência da dignidade como valor (ou princípio) básico, cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriormente, aferidos de modo prévio à normação jurídica. Como postulado fundamental, peculiar ao Estado de Direito democrático, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade a priori, positivado juridico-constitucionalmente" (*Curso de direito penal brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: RT; 2002, pp. 115/116).

¹⁶ Única razão possível para admitir-se a desequiparação feita pela lei entre mulher vítima e o homem eventualmente na mesma situação.

¹⁷ Súmula 09: exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

¹⁸ RHC 202/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 18.09.1989, DJ 21.05.1990 p. 4435.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Violência Doméstica: mais uma lei puramente simbólica*, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano V, nº 27 – ago-set 2004, pp. 7/8. No mesmo sentido EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Violência contra a mulher*, Suplemento Direito & Justiça do Jornal Correio Brasiliense de 08 de maio de 2006.

²⁰ Reflexão pessoal do tema faz ver o desvio de perspectiva com que tratamos relevantes fatos sociais. Não nos damos conta de que neste caso e em muitos outros a lesão extrapola a subjetividade da vítima. Fato semelhante ocorre com os crimes que lesam bens jurídicos transindividuais, como o crime contra o meio ambiente e contra as finanças do Estado, para citar apenas dois exemplos. Neste último caso, a admissão inclusive pela Fazenda Pública – que admite não ajuizar procedimentos judiciais tendo em vista o reduzido valor sonogado, por exemplo – da incidência do princípio da insignificância revela a percepção equivocada dos custos da tutela do direito lesado e da repercussão desta mesma tutela.

²¹ Ambíguo e questionável porque suscita uma série infundável de debates, por exemplo: (a) sobre se o crime de lesões corporais leves continua sendo de ação penal pública condicionada à representação, ou se a indisponibilidade da dignidade humana imporia tratar-se de ação incondicionada; (b) sobre o procedimento a ser aplicado, notadamente neste E. TJDFT, que por ato normativo regular determinou ao Juizados Especiais Criminais a competência para processar e julgar aqueles casos submetidos às disposições da Lei 11.340/06; etc.

²² , acesso em 11 de dezembro de 2006.

²³, acesso em 11 de dezembro de 2006.

²⁴ MARCELO LESSA BASTOS. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2006.

²⁵ Curso de direito penal brasileiro, 3ª ed., RT: São Paulo, 2002, p. 118, com destaques nossos.

²⁶ Políticas públicas de educação e construção da ética necessária à fruição da moderna família plural e democrática, afastado que tem sido o patriarcado e o casamento como único escol da família legítima.

²⁷ *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina; 2005; pp. 61/136.

²⁸ "Aliás, do aspecto substantivo do devido processo legal, decorre a obrigatoriedade de que as leis reflitam o consenso público, significando, essa satisfação, a obediência ao princípio da razoabilidade" (BRAGA, Valeska e Silva; *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá; 2004; p. 44).

²⁹ Ainda que a atividade interpretativa consista fundamentalmente em atribuir significado aos significantes considerados, sendo por esta operação que a lei se amolda ao fato social e sua constante evolução.

³⁰ A Constituição Federal não assegura a integridade física como direito fundamental, mas é lógico estar implícita na proteção dispensada à vida.

³¹ *A ponderação de interesses da constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000; p. 128.

³² *Curso de Processo Penal*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva; 2002; p. 239.

³³ *Direito Processual Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris; 2005; p. 628.

³⁴ *Código de Processo Penal Comentado*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva; 1999; p. 543.

³⁵ Mas veja que o caso concreto pode revelar um dano moral como fato concreto ensejador de uma medida de proteção, haja vista a abrangência da definição legal de ato de violência doméstica.

³⁶ Sim porque não há dúvidas de que a personalidade é formada a partir do exemplo do masculino e do feminino que é dado, ainda que no mais das vezes de modo inconsciente, por pai e mãe.

³⁷ LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei nº 11.340/2006. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2006.

³⁸ Hoje determinado pelo artigo 6º da Lei 11.340/06.

³⁹ A eficácia dos direitos fundamentais, 2ª ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, pp. 80 e seguintes.

⁴⁰ *Direito penal na Constituição*, 3ª ed. São Paulo: RT; 1995; pp. 213/215.

⁴¹ *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição*, Revista Forense 304:151, 1988, p. 152.

⁴² *Curso de direito constitucional*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros; 2005; p. 531.

⁴³ *A ponderação de interesses da constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2000.

⁴⁴ P. 148.

⁴⁵ *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad; 1998; pp. 34/47; e *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT; 2000; pp. 159/179.

⁴⁶ Informativo 449, de dezembro de 2006.

⁴⁷ PIOVESAN Flávia. *Direitos Humanos*, vol. I. Curitiba: Juruá; 2006; p. 16.

Lei Maria da Penha. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres

Texto extraído do **Jus Navigandi**
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>

Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Professor de Direito Processual Penal da FESMPDFT.

No dia 22 de setembro de 2006 entrou em vigor no Brasil a Lei n. 11.340, que trata da criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei foi batizada como Lei Maria da Penha, em homenagem à cearense homônima, que se tornou símbolo da luta contra a violência doméstica contra a mulher. Maria da Penha foi vítima de tentativa de homicídio duas vezes, em 1983, tendo ficado paraplégica. Lutou para ver seu agressor condenado, o que apenas ocorreu após o Brasil ser condenado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos) por violação ao direito fundamental da vítima mulher ante a ineficiência da persecução penal.

A lei, respaldada por forte movimento social de defesa dos direitos da mulher, é bem-vinda, pois reflete a necessidade premente de repensar as relações de gênero como uma relação construída sobre uma cultura secular de poder simbólico de dominação machista, cuja perversa marca tem sido a violência doméstica. Segundo estudo do IBGE, do final da década de 80, 63% das agressões físicas sofridas por mulheres são cometidas dentro de casa por pessoas com afinidade pessoal e afetiva^[01]. Segundo estudo da fundação Perseu Abramo, a cada minuto quatro mulheres são agredidas no Brasil^[02]. Uma sociedade justa e democrática apenas pode ser construída com superação destas desigualdades fáticas, mediante políticas públicas que assegurem o pleno desenvolvimento da potencialidade humana de todos, independente de gênero, idade, raça e credo.

O tratamento diferenciado que a lei confere à mulher funda-se no reconhecimento de que existe um papel social artificialmente atribuído à mulher, caracterizado pela subordinação familiar, não-independência econômica, de ser a responsável pelas atividades de casa e criação dos filhos enquanto o homem é o responsável pelo sustento, de ser a responsável pela manutenção da unidade familiar, de lealdade ao "chefe do lar" mesmo nas dificuldades (leia-se agressão), de ausência de voz ativa na gestão da família, de necessidade de manter o matrimônio a qualquer custo sob pena de se tornar uma pecadora, de aceitação da violência como um problema normal de casal e sua denúncia como atitude desleal, afora os mitos construídos de que "mulher gosta de apanhar" ou que "é necessário domar a mulher". Este caldo cultural discriminatório, somado a uma incompetência emocional de lidar com os problemas familiares de forma madura, mediante o diálogo e o respeito, cria ambiente propício à proliferação da violência doméstica, expressa em ameaças, agressões, humilhações, cerceamentos, subjugação, um controle do corpo e da alma da vítima, que além de violar direitos humanos básicos atua como um câncer social, pois corrói as bases éticas da própria sociedade gerando danos físicos e emocionais permanentes na vítima e seus dependentes.

O novo regramento legal parte do reconhecimento de que há todo um conjunto de poder simbólico, interiorizado por homens e mulheres desde a infância, que coloca a mulher em uma postura de dependência e acaba por fragilizá-la na relação de gênero, especialmente no âmbito doméstico, potencializando sua vitimização e criando óbices à alteração deste *status*, pela dificuldade psicológica de sua denúncia e pela tendência de minimização da gravidade da violência pelas instâncias formais e informais de controle social. Infelizmente, não é raro ouvir-se a expressão que "agressão de marido contra mulher não é "violência contra a mulher" mas violência contra a sua mulher", argumento estapafúrdio fundado numa perspectiva coisificante da mulher e utilizada para justificar a desnecessidade de interferência do Estado para quebrar este ciclo de violência que se repete diariamente em milhares de lares. A tomada de consciência desta desigualdade justifica a criação de políticas públicas destinadas a superar esta relação de gênero iníqua em favor da máxima efetividade dos direitos fundamentais da mulher, mediante a construção de uma nova forma de relação social pautada no reconhecimento da idêntica dignidade humana entre homens e mulheres.

O compromisso do Estado Brasileiro de atuar de forma efetiva na proteção dos direitos fundamentais das mulheres vem previsto no art. 226, § 8º, da CF/88, que estabelece: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, **criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações**". Esta disposição constitucional não é princípio abstrato, meramente programático, mas norma efetiva, que possui eficácia vinculante para o ordenamento jurídico

infra-constitucional, de forma que é o ponto de partida hermenêutico para toda a legislação.

No plano internacional, o Brasil é signatário desde 1996 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (conhecida como convenção de Belém do Pará)^[03], pela qual assumiu o compromisso de:

Art. 7º [*omissis*]

2. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher.

4. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade.

5. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

Assim, toda legislação deve ser interpretada de forma que se proporcione a máxima efetividade à proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos e, diante do reconhecimento da violência doméstica como um problema histórico de desigualdade nas relações de gênero, a legislação deve ser interpretada de forma que maximize a prevenção à violência doméstica, evitando quaisquer práticas que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

Assim, a nova lei estabelece de forma peremptória que é co-responsabilidade do Estado, ao lado da família e sociedade, alterar a desigualdade na relação de gênero para assegurar o direito a uma vida livre de violência pelas mulheres (art. 3º). A lei contém uma enunciação de direitos das mulheres que, apesar de já estarem previstos na Constituição de forma genérica, sua explicitação num diploma legal específico para as mulheres é uma importante forma de comunicação social, sinalizando a alteração de paradigma quanto à não-aceitação da violência contra a mulher.

A novel legislação classifica como espécies de violência doméstica tanto a violência física, como a psicológica, sexual, patrimonial e moral (art. 7º). Todas são consideradas violações aos direitos humanos das mulheres.

A lei prevê a possibilidade de uma série de medidas de proteção e assistência à mulher. Por exemplo, prevê o acesso prioritário à remoção, se a vítima for servidora pública, bem como a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses, todas deferidas mediante ordem judicial (art. 9º, § 2º).

Especificamente no âmbito processual penal, a Lei Maria da Penha criou instrumentos importantes para assegurar uma intervenção preventiva do Estado a fim de evitar a ocorrência de delitos mais sérios contra a mulher, bem como para dar uma resposta mais efetiva à violência, visando assegurar a proteção integral nas relações de gênero. Várias foram as inovações.

Durante o atendimento policial, a lei também criou novos direitos à mulher (art. 11), como o direito à proteção policial, quando necessário; encaminhamento da ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; direito de receber transporte policial para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida; se necessário, ser acompanhada para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar.

A nova lei estabelece a necessidade de criação de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar as causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14). A especialização é importante pois possibilita que a repetição das causas gere especial sensibilidade aos operadores do direito quanto ao problema da violência doméstica, possibilitando ações estatais mais eficientes. No Distrito Federal, o TJDF editou a Resolução n. 07/2006, criando uma Vara de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na Circunscrição Especial Judiciária de Brasília e estabelecendo que nas demais circunscrições a competência desta vara será exercida pelo Juizado Especial Criminal respectivo. Certamente há que se atentar para que a efetividade da Lei n. 11.340/06 não fique comprometida com a antiga mentalidade dos Juizados Especiais Criminais, aproveitando-se as experiências positivas de acompanhamento multidisciplinar nestes Juizados e afastando-se a "cultura do arquivamento" e da minimalização da violência, tendo-se efetivamente uma postura ativa do Estado para resolução deste problema social da violência doméstica contra a mulher.

A lei criou as Medidas Protetivas de Urgência (art. 12, 18, 19 e 22 a 24). Quando uma mulher registra um boletim de ocorrência informando que foi vítima de qualquer espécie de violência doméstica, é obrigação da autoridade policial indagar à vítima se esta possui interesse no deferimento de algumas das medidas protetivas previstas em lei, como suspensão de porte de arma, afastamento do lar, proibição de aproximação, de contato e de frequência a determinados lugares, restrição ao direito de visita de menores e prestação de alimentos provisionais (art. 22). A vítima formula seu requerimento em delegacia, sem necessidade de assistência de advogado, e esta deve encaminhá-lo, no prazo de 48 horas, ao juiz com cópia do boletim de ocorrência e do depoimento da mulher. Por sua vez, o juiz deve decidir num prazo de

48 horas sobre o deferimento dos pedidos. Este procedimento permite que, de forma rápida (no máximo 96 horas), o juízo especializado possa dar uma resposta de proteção a uma situação de urgência experimentada pela mulher vítima de violência, visando assegurar sua integridade física e moral. A desobediência do agressor à ordem determinada pelo juiz pode ensejar sua prisão preventiva, nos termos de alteração feita pela nova lei no Código de Processo Penal.

Além destas, outras medidas de proteção estão previstas na nova lei, como encaminhamento da vítima a programa oficial de proteção, recondução da vítima ao domicílio com apoio de força policial, proibição temporária de disposição do patrimônio comum pelo agressor, dentre outras (art. 23 e 24).

A previsão de medidas protetivas foi adotada tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 101) quanto no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03, art. 45), que são aplicadas em relação a crianças, adolescentes ou idosos em razão de sua situação de hipossuficiência, e não aos agressores. Todavia, estas medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha realmente inovam ao prever medidas que obrigam diretamente ao agressor.

Estas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor são, na realidade, novas alternativas à tradicional bipolaridade do sistema cautelar penal brasileiro, que conhecia apenas dois extremos: a prisão cautelar ou a liberdade provisória. A lei cria novas medidas cautelares intermediárias, que permitem uma resposta mais efetiva e menos violenta do Estado, para situações que, a princípio, não seriam hipótese de decretação da prisão preventiva.

Na verdade, a lei não é clara quanto à natureza jurídica destas medidas cautelares, se cível, criminal ou híbrida. Certamente a interpretação da disposição deverá ser a que assegurar a máxima efetividade à proteção aos direitos fundamentais.

A medida prevista no art. 22, inciso V (prestação de alimentos provisórios), certamente possui natureza exclusivamente cível. Todas as demais medidas protetivas de urgência possuem natureza cautelar penal, pois visam assegurar a integridade física e moral da vítima em decorrência do crime, mas também é possível a construção de que possuem natureza cível independente.

Nos EUA, existem as *protective orders* e as *restraining orders*, sendo as primeiras com natureza criminal e as segundas com natureza cível. As medidas de natureza criminal possui duração limitada à duração da ação penal. Já as medidas cíveis possuem duração independente, estabelecendo-se o prazo adequado para sua validade. Regra geral, as medidas restritivas de natureza cível são muito mais adequadas que as de natureza criminal para conflitos familiares, pois em casos de ameaça, v.g., é muito comum que o maior interesse da vítima seja apenas que o agressor seja afastado de seu convívio e seja proibido de aproximação, sob pena de prisão e responsabilidade criminal. A interpretação que venha permitir ao juiz fixar prazo razoável para duração da medida protetiva de urgência de proibição de aproximação e contato, mesmo após o término do procedimento criminal, é certamente aquela que proporcionará maior efetividade à finalidade da lei de proteção integral à mulher, e será ao mesmo tempo a menos violenta, pois permitirá que a vítima informe desinteresse na sanção criminal e interesse apenas da ordem de restrição de aproximação. Como implicam em restrição de direitos do suposto agressor, decidida mediante informações unilaterais da vítima, é admissível que aquele venha questionar os fundamentos da decisão após sua intimação (contraditório diferido). Assim, após o deferimento ou indeferimento do pedido de medida protetiva de urgência, deverá o juiz citar o agressor do requerimento, intima-lo da decisão e notificar as partes para comparecerem em audiência, na qual serão ouvidas as partes e suas eventuais testemunhas e o juiz decidirá o feito. Tudo informado pelo princípio da oralidade e celeridade, para assegurar a efetividade da proteção à mulher e o respeito ao direito de defesa do (suposto) agressor.

Em nosso entendimento, caso as partes estejam separadas e a vítima alegue estar sofrendo ameaça ou agressões, deve-se conceder *inaudita altera pars* a medida protetiva de proibição de aproximação e de contato. Entre a proteção ao direito da alegada vítima, mas possível comunicante mendaz, e do alegado agressor, mas possível inocente, certamente é mais sensato usar de cautela para a proteção imediata da possível vítima com a revisão posterior da decisão em audiência de justificação. Certamente a situação que causará mais dificuldades será o pedido de afastamento do lar, quando ambos ainda convivem sob o mesmo teto. Ainda assim, se o pedido de medida protetiva de urgência vier instruído com informações da delegacia de que efetivamente a vítima sofreu agressão (ainda que um relato sucinto do agente de polícia que registrou a ocorrência documentando agressões), diante do histórico de violência doméstica e dos antecedentes do agressor, será possível uma decisão cautelar e precária de afastamento do lar. Fora destas situações, é prudente a designação de audiência de justificação para o deferimento do pedido.

Muito se discute sobre a possibilidade de aplicação destas medidas protetivas de urgência também para vítimas homens, especialmente se estes estão em situação de hipossuficiência, como é o caso de idosos, crianças ou portadores de necessidades especiais. Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso estabelecerem alguns instrumentos de proteção, nenhuma destas medidas protetivas obrigam ao agressor, bem como nenhum procedimento é tão eficiente quanto o

previsto na Lei Maria da Penha. Provavelmente a lei não previu a aplicação destas medidas também a vítimas homens na finalidade de criar uma comunicação simbólica de que doravante as mulheres contarão com uma proteção especial do Estado. Todavia, há que extrair a máxima efetividade da norma em comento, cujo espírito é proporcionar uma proteção o mais eficiente possível às vítimas de violência em situação de fragilidade, como é o caso das mulheres, assim como das crianças, idosos e portadores de necessidades especiais ou mesmo homens em outras situações de violência. Assim, considerando que o estabelecimento das medidas protetivas de urgência é feita em norma processual e que esta admite a aplicação da analogia (CPP, art. 3º), entendo que é admissível o deferimento de medidas protetivas de urgência em favor de vítimas homens, por analogia, e com fundamento no poder geral de cautela do juízo, em atenção ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Neste sentido, argumenta Denilson Feitoza Pacheco que: "o princípio constitucional da proporcionalidade, especialmente como decorrência do exame de necessidade, nos possibilita concluir que o órgão jurisdicional pode, quando cabível uma medida cautelar mais gravosa, impor uma medida cautelar alternativa mais branda não prevista na lei processual penal ou reduzir aspectos da medida cautelar cabível para que fique mais branda, se a idoneidade da medida cautelar alternativa é equivalente" [04].

A lei expressamente prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva aos crimes cometidos em violência doméstica e familiar contra a mulher. Há dois dispositivos que tratam da matéria, o art. 20, *caput*, da lei e o novo inciso IV do art. 313 do CPP. *In verbis*:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

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

A alteração é positiva, pois possibilita que em situações mais graves o Estado tenha instrumentos para evitar que o conflito inicial transforme-se em atos mais sérios. Todavia, duas questões controvertidas merecem análise: as hipóteses de cabimento da prisão e o prazo de duração da medida.

Quanto ao cabimento, verifica-se que o novo inciso IV do art. 313 do CPP traz mais uma hipótese de cabimento da prisão preventiva. Assim, além dos requisitos previstos no art. 312 do CPP (causas de *periculum libertatis*) o Código faz uma pré-ponderação das hipóteses de crimes mais graves que justificam a prisão preventiva. Assim, considerando que todos os crimes punidos com reclusão já admitem a prisão preventiva (inciso I), também o crime punido com detenção praticado por réu primário, com identidade certa e não-vadio, admitirá a prisão preventiva desde que praticado com violência doméstica contra mulher e estejam presentes os demais requisitos do art. 312 do CPP. Esta hipótese é de especial importância para a decretação da prisão preventiva para a lesão corporal em violência doméstica e a ameaça, já que ambas são punidas com detenção.

Neste ponto há uma parcial contradição entre os dois dispositivos supra citados. O art. 20 da lei é genérico sobre a admissibilidade da prisão preventiva. Já o inciso IV do art. 313 do CPP é mais restritivo, dando a entender que apenas seria admissível a decretação da prisão preventiva se antes houver o deferimento de uma medida protetiva de urgência em favor da mulher, e esta for desobedecida pelo agressor (decretação da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência). Todavia, esta interpretação não deve prosperar. Como visto, o art. 226, § 8º, da CF/88 estabelece o dever de proteção eficiente a todos os membros da família, especialmente as mulheres. O art. 7º do Decreto n. 1973/96 (Convenção Interamericana de Belém do Pará) determina que o Estado Brasileiro deve modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher. A máxima eficiência da norma constitucional e do tratado internacional sobre direitos humanos deve ser a guia da interpretação jurídica. A finalidade da prisão preventiva é assegurar a efetiva proteção da mulher em uma situação de urgência. Assim, se a mulher foi vítima de uma séria agressão (v.g., lesão corporal doméstica que, apesar de legalmente simples, é da maior seriedade, acompanhada de séria ameaça de morte), mesmo que não tenha sido previamente deferida uma medida protetiva de urgência, é admissível que a gravidade concreta do crime já demonstre ser relevante a decretação da prisão preventiva para proteger a integridade física da mulher. Vale argumentar que, na mesma hipótese, seria admissível a efetivação da prisão em flagrante do autor, não sendo razoável que o delegado tenha poderes para determinar a prisão em flagrante mas o juiz não tenha poderes para determinar a prisão preventiva.

Quanto ao segundo aspecto da prisão, há que se ter cautela no prazo de duração da prisão preventiva, para evitar a violação à denominada instrumentalidade hipotética das medidas cautelares. É que as penas mínimas dos crimes de ameaça e lesão corporal ainda são extremamente pequenas (um mês para ameaça e três meses para lesão corporal). Como a pena no caso de condenação será fixada a partir do mínimo legal e normalmente não excede muito este mínimo (a não ser por circunstâncias muito graves do

caso concreto, como reincidência ou circunstâncias concretas diferenciadas), há o problema de que a prisão cautelar seja mais grave que a própria condenação criminal. Lamenta-se, neste ponto, a redução da pena mínima do crime de lesão corporal feita pela lei, que acabou criando mais embaraços à implementação da prisão preventiva. Todavia, como a prisão preventiva é decretada nestas hipóteses para assegurar a instrução processual, de sorte que a principal testemunha do delito, a vítima, esteja viva para poder testemunhar, é razoável que em situações realmente extremas admita-se a prisão no curso do processo. Portanto, não se trata de mera prisão para assegurar uma punição imediata ao agressor (função reservada à sanção penal definitiva e não à prisão cautelar). Contudo, é essencial a constante ponderação dos interesses contrapostos para o deferimento de uma medida tão extrema quanto a prisão cautelar. Também é razoável que a medida seja deferida por prazo determinado, fixado pelo juiz quando de sua decretação, exatamente para evitar que eventual demora excessiva do processo transforme a prisão cautelar em pena muito superior à própria condenação.

A nova lei estabelece que é indispensável a intervenção do Ministério Público em todas as causas cíveis e criminais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 25), estabelecendo-lhe poderes de requisição aos órgãos públicos para assegurar a proteção efetiva à mulher (art. 26).

A Lei prevê a necessidade de criação junto ao Juizado da Mulher de equipe de atendimento multidisciplinar (art. 29 a 32), da área psicossocial, jurídica e de saúde, com atribuição para subsidiar a atuação do juiz, promotor de justiça e defensor público, bem como atuar em trabalhos de orientação e prevenção à violência. Esta medida foi certamente inspirada na experiência de vários Estados que instalaram referidos núcleos psicossociais perante os Juizados Especiais Criminais e deram resultados muito mais efetivos que a tradicional punição criminal. Estas intervenções visam gerar reflexão nos agressores sobre os problemas que envolvem a violência doméstica e conscientizá-los da necessidade de procurar soluções alternativas à violência para superação de seus conflitos. O ideal é que esta equipe de apoio possa se fazer presente durante as audiências, para proporcionar consultoria especializada ao juiz e promotor de justiça sobre as melhores soluções para os problemas submetidos à apreciação do Juizado da Mulher, bem como que haja um trabalho de longo prazo para o acompanhamento psicossocial dos envolvidos.

Também há alteração da Lei de Execuções Penais para permitir que o juiz encaminhe obrigatoriamente o agressor condenado para programa de recuperação e reeducação (LEP, art. 152, parágrafo único), normalmente de cunho psicossocial.

No mesmo sentido de uma atuação preventiva de novas agressões, a Lei Maria da Penha também estabelece diretrizes para que União, Estados e Municípios implantem políticas preventivas à violência doméstica (art. 35), como programas e campanhas de enfrentamento à violência doméstica e familiar, centros de educação e reabilitação para agressores, e uma série de serviços especializados à mulher (atendimento multidisciplinar, casa-abrigo, delegacias, núcleos da defensoria pública, serviços de saúde etc). Na efetiva implementação destas políticas preventivas provavelmente reside o maior potencial de alteração da realidade brasileira para a implementação da igualdade nas relações de gênero.

A lei implementou alterações no Código Penal, como a inclusão da agravante da violência doméstica contra mulher (CP, art. 61, II, "f"), a alteração da pena da lesão corporal em situação de violência doméstica (CP, art. 129, § 9º, que teve a pena mínima diminuída pela metade e a pena máxima elevada de metade, passando de seis meses a dois anos para três meses a três anos) e criando causa de aumento da pena quando o crime for cometido contra deficiente (CP, art. 129, § 11). A elevação da pena máxima da lesão corporal em situação de violência doméstica (seja contra vítima mulher ou homem) retirou este delito do rol das infrações penais de menor potencial ofensivo - IPMPO, que anteriormente eram processadas pelos Juizados Especiais Criminais.

A lei estabelece que a retratação à representação da vítima apenas será admissível se feita perante o juízo (art. 16). Assim, as retratações feitas em delegacia não terão qualquer efeito se não forem feitas em juízo. Se a vítima não comparecer em juízo, poderá o Ministério Público dar continuidade ao processo penal. Esta alteração é importante, pois assegura que a vítima terá um contato pessoal com o Juiz e o Ministério Público, especializados no trato da violência doméstica, que poderão, ao invés de incentivar a desistência, conscientizar a vítima sobre a necessidade de levar o processo adiante, especialmente para possibilitar ao autor do fato ou à própria vítima submissão a acompanhamento multidisciplinar, como instrumento de prevenção a futuras agressões. Em muitas situações, após sofrer inúmeros atos de violência, a vítima se retrata da representação e foge para local incerto; nesta situação, se a vítima não comparecer em juízo para confirmar a retratação à representação e houver prova suficiente da prática do delito, será possível o ajuizamento da ação penal.

Também está vedado doravante o estabelecimento de penas de prestação pecuniária ou multa isolada para os crimes cometidos com violência doméstica contra mulher (art. 17). Assim, há a abolição das denominadas cestas básicas nestas hipóteses. A alteração visa evitar a banalização da resposta do Estado à violência doméstica, que, muitas vezes, acaba por gerar mais revolta à vítima, que se vê

novamente humilhada ao se passar a impressão de que o réu possui a possibilidade de comprar o direito de agredir, normalmente a valores módicos, mediante o pagamento de cesta básica. Para uma punição séria, ao menos, há que se aplicar uma prestação de serviços à comunidade, como momento de reflexão pessoal do autor e de reparação social de seu ato. Há que se dar valor, especialmente, ao encaminhamento do agressor a programas de acompanhamento multidisciplinar, como o psicossocial, para evitar a reiteração de atos de violência doméstica mediante a interiorização da necessidade de respeito às normas de convivência social (que, no caso de condenação definitiva, é previsto na nova redação da LEP, art. 152, parágrafo único). Mesmo no caso de separação do casal, há a possibilidade de o agressor reiterar a violência na nova familiar que constituir, sendo essencial a intervenção do Estado para quebrar este ciclo de violência.

A vítima deve ser comunicada de todos os atos processuais, especialmente o ingresso e saída de estabelecimento prisional (art. 21, *caput*). Esta alteração visa reduzir a revitimização da mulher decorrente de sua desconsideração durante o processo, para o qual era apenas uma fonte de prova; agora, a vítima passa a ser partícipe do processo e destinatária de toda atuação estatal. A comunicação à vítima das medidas tomadas visa diminuir a sensação de impunidade, pois eventualmente a justiça aplicava uma sanção, mas como a vítima não era comunicada ficava com a sensação de que nada fora realizado.

Também fica vedado que a vítima efetue e entregue das notificações ao agressor (art. 21, parágrafo único). Como ambos normalmente estão residindo juntos, o oficial de justiça deverá entregar a comunicação processual pessoalmente ao agressor. Este dispositivo também possui aplicação na fase das investigações, pois era comum a vítima registrar a ocorrência e a autoridade policial solicitar que ela mesma entregasse a notificação de comparecimento ao agressor, o que gerava novas agressões.

A vítima também deve estar representada por advogado nos atos processuais, seja nas causas cíveis como criminais (art. 27). A disposição visa criar um instrumento adicional de fiscalização dos direitos da mulher, bem como facilitar que problemas que não podem ser resolvidos na seara criminal tenham o devido encaminhamento na seara cível.

Os processos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher devem ter tramitação prioritária (art. 33, parágrafo único). A disposição visa garantir a efetividade na efetivação da proteção à mulher. Certamente, a tramitação de casos de violência doméstica é mais relevante que processos envolvendo crimes contra o patrimônio, que atolam delegacias e varas criminais. Todavia, a disposição deve ser contemporizada com normas constitucionais que estabelecem tratamento diferenciado para crimes hediondos e equiparados, como homicídio, latrocínio e seqüestro, por exemplo, bem como com outras normas legais que estabelecem tramitação prioritária, como para idosos.

Todavia, a alteração mais relevante para o processo penal foi a estabelecida no art. 41 da Lei n. 11.340/06, que estabelece que não se aplica a Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) aos crimes cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Uma interpretação literal do dispositivo leva às seguintes conclusões: admite-se prisão em flagrante para os crimes contra mulher, em situação de violência doméstica ou familiar, é inadmissível acordo civil, transação penal ou suspensão condicional do processo, o crime de lesão corporal passa a ser de ação pública incondicionada.

Muito se tem discutido acerca da constitucionalidade deste dispositivo, pois estabelece um tratamento diferenciado entre crimes contra vítimas homens e mulheres. Isso porque o artigo permitirá que o crime de lesão corporal doméstica contra vítima homem dependa da autorização da vítima, mas contra vítima mulher independa desta autorização, bem como que uma ameaça do irmão contra a irmã admita prisão em flagrante mas que a ameaça da irmã contra o irmão não admita a mesma prisão. Como visto no início deste artigo, uma diferenciação de tratamento pode ser justificada quando houverem razões de ordem prática que justifiquem a o tratamento diferente exatamente para assegurar a igual proteção, e no caso das relações de gênero há certamente várias razões que colocam as mulheres em situação de fragilidade que justificam políticas públicas de maior proteção. Todavia, esta diferenciação deve ser realizada no limite no necessário para assegurar a melhor proteção. Este art. 41 da nova lei deve ser lido como um vetor de política criminal destinado a assegurar melhor proteção à mulher, na medida do necessário.

Considerar o crime de lesão corporal em situação de violência doméstica ou familiar contra mulher de ação penal pública incondicionada é relevante para superar a pressão sociológica que existe sobre a mulher para esta não levar adiante a responsabilização do crime. Há uma alteração do foco da responsabilização, pois a culpa do agressor ser processado não mais será da vítima que assim escolheu, mas do próprio agressor que violou as normas sociais. Normalmente há um ciclo de brigas do casal, que vai da agressão, separação emocional, reconciliação, lua-de-mel, novas agressões e reinício do ciclo. Como a retratação à representação geralmente ocorre na fase da lua-de-mel, condicionar a resposta do Estado à representação significa afirmar que o Estado fará tábula rasa da situação de violência que certamente se reiterará ali adiante se nada for realizado. Assim, a alteração para ação incondicionada permite que o Estado tenha mais instrumentos de ação frente uma situação de violência doméstica (de

forma especial o encaminhamento do agressor a acompanhamento psicossocial), para alterar a realidade, mesmo quando a vítima não deseje o prosseguimento do processo.

O TJDF possui decisões em ambos os sentidos. Há precedentes de ambas turmas criminais, assentando que a crime de lesão corporal em situação de violência doméstica e familiar contra mulher é de ação penal pública incondicionada, afastando neste particular a alegação de inconstitucionalidade do tratamento diferenciado entre homens e mulheres^[05]. Conferir^[06]:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CONTEÚDO POLÍTICO E SOCIAL DA LEI 11.340/2006. DELITOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES E LESÕES CULPOSAS. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO À FAMÍLIA. EFETIVIDADE DA LEI. ORDEM DENEGADA.

1. O artigo 1º da lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha enuncia o conteúdo político social da recém norma editada, em atenção aos reclamos de ontem da sociedade brasileira ante o elevado índice de casos de violência contra a mulher no seio familiar e doméstico, exigindo uma resposta penal eficaz do Estado.

2. A sociedade há muito tempo sente-se incomodada com as práticas violentas no seio familiar contra a mulher, cujas medidas despenalizadoras previstas na lei 9.099/95 não foram suficientes para coibir e prevenir a violência contra a mulher.

3. A exegese que confere efetividade à repressão aos crimes de violência doméstica contra a mulher nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas é o da não vinculação da atuação do Ministério Público ao interesse exclusivo da ofendida tal como previsto no art. 88 da Lei 9.099/95.

4. Na busca da concretização dos fins propostos pela lei 11.340/2006 prevalece o interesse público traduzido na coibição de violência doméstica, lastreada na garantia constitucional de ampla proteção à família e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

5. Essa orientação permite a compreensão do alcance, sentido e significado dos artigos 16 e 41 da lei nº 11.340/2006 para reconhecer que os delitos de lesão corporal simples e lesão culposa cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada, reservando-se à aplicação do art. 16 àqueles crimes em que a atuação do Ministério Público fica vinculada ao interesse privado da vítima em punir o seu ofensor.

6. Ordem denegada.

Todavia, também há precedente em sentido contrário, que o crime permanece sendo de ação penal pública condicionada à representação, mas que, diante da peculiaridade do caso concreto, especialmente os antecedentes de violência doméstica, poderá o juiz não aceitar a retratação à representação. Conferir^[07].

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. EXEGESE DOS ARTIGOS 16 E 41 DA LEI Nº 11.340/2006. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. NÃO ACEITAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

O artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, ao excluir a aplicação da Lei nº 9.099/95, pretendeu, somente, vedar a aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a composição civil e a transação penal, instrumentos impeditivos da persecução criminal contra o agressor. Não foi intenção do legislador afastar a aplicação do artigo 88 da Lei nº 9.099/1995, que condiciona a ação penal concernente à lesão corporal leve e à lesão corporal culposa à representação da vítima, tanto que esta é prevista no art. 12, I, in fine, da Lei nº 11.340/2006. Exegese diversa conduziria a um absurdo dentro do sistema, que não pode contrariar a lógica. Há outros crimes, até mais graves, para os quais, não a Lei nº 9.099/95, mas o próprio Código Penal prevê a necessidade de representação da vítima. Exemplo os crimes contra a liberdade sexual (estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, corrupção de menores), nos quais, igualmente ofendida mulher em contexto de violência doméstica, sendo ela pobre, é necessária a sua representação, porque exigida pelo Código Penal (artigo 225, § 1º, I, e § 2º).

Já o artigo 16 da Lei nº 11.340/2006 impõe que a "renúncia" à representação, na realidade, retratação da representação, "só será admitida perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público". O claro objetivo é que o Ministério Público e o juiz fiscalizem a retratação da representação, para evitar que ela ocorra por ingerência e força do agressor. Esse o ponto nodal da questão. Atentou a nova lei, precisamente, para que pode a mulher, vítima da lesão corporal, "desistir" do prosseguimento da ação contra seu marido ou companheiro, em face de coação ou violência deste. Daí a necessidade da audiência. Manifestada a retratação antes do recebimento da denúncia, deve designar o juiz audiência para, ouvido o Ministério Público, admiti-la, se o caso. Não se trata aqui de mera homologação da retratação. O objetivo da lei, dever do Ministério Público e do juiz, é perquirir, efetivamente, por todos os meios, a motivação do pedido da vítima. Ouvido o Ministério Público e convencido o juiz de que a retratação é espontânea,

tendo por fim a efetiva reconciliação do casal, a real preservação dos laços familiares, e havendo condições a tanto favoráveis, deve admitir o pedido, pondo fim ao processo. Caso contrário, não. Na dúvida, é de recusar-se a retratação, pelo relevo que merece a proteção à vítima da violência doméstica e familiar. Reiteração da violência doméstica e familiar, maus antecedentes criminais do agressor, seriedade e gravidade das circunstâncias de que resultantes as lesões, apesar de leves, tudo isso milita contra a aceitação da retratação. Imprescindível, portanto, o exame de cada caso concreto.

No caso, é inaceitável a retratação. O relatório técnico elaborado pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude informa que a situação de violência perpetrada pelo denunciado contra sua companheira e seus filhos menores ocorre desde o ano de 2004, culminando com o abrigo destes em instituição própria para crianças em estado de risco. De especial relevo a manifestação técnica de que "a genitora não consegue proteger seus filhos, estando ela mesma fragilizada e à mercê da violência do seu companheiro". Somam-se condenações criminais do denunciado, inclusive reincidências em crimes de roubos.

Nesse contexto, há de se recusar a pretendida retratação, possível em tese, mas seguramente não espontânea no caso concreto e não servindo ao restabelecimento de uma saudável convivência familiar.

Mesmo que assim não fosse, outra razão, de si só também suficiente, impediria, na espécie, a aceitação da retratação. É que, como resulta do disposto no artigo 16 da Lei nº 11340/2006, a retratação somente pode ser admitida "antes do recebimento da denúncia". Mas, na espécie, a denúncia já fora recebida. Não mais cabe, nem em tese, retratação.

Recurso provido para, cassada a decisão que aceitou a retratação, e prevalecendo o recebimento da denúncia, determinar o prosseguimento do feito, como de direito.

Regra geral, em casos que não seja tão séria a lesão corporal, sem antecedentes de violência doméstica e com intenção recíproca de reconciliação do casal, é conveniente que haja o encaminhamento dos envolvidos para programa de acompanhamento psicossocial para prevenção da violência doméstica, eventual encaminhamento a programa de tratamento à dependência do álcool ou drogas (se for o caso) e haja uma suspensão informal do processo por prazo razoável e fim de acompanhar o comportamento do agressor e vítima. Caso o agressor compareça aos programas de acompanhamento, não haja novas agressões durante o período da suspensão do processo, e a vítima informe que não possui mais interesse no processo após o acompanhamento, é viável o arquivamento do feito por ausência de interesse em agir na punição criminal. Em verdade, a ação penal deve ser considerada pública incondicionada, mas, diante do princípio da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, apenas deverá ocorrer a aplicação da sanção penal se esta for efetivamente necessária à prevenção geral e especial da infração; assim, se uma restrição menos grave (as intervenções psicossociais de caráter não-criminal) forem suficientes para a prevenção do desvio comportamental, o princípio da proporcionalidade determina que não se aplique a restrição mais grave (sanção criminal). A submissão voluntária a estas mencionadas intervenções psicossociais e o acompanhamento judicial por período de tempo aliados à ausência de gravidade e ausência de interesse da vítima podem justificar o arquivamento do procedimento criminal. O acompanhamento judicial é especialmente relevante para assegurar à vítima que a situação está sendo monitorada pelo Estado e que, caso hajam novas agressões o procedimento anterior não estará arquivado, mas será somado às novas agressões, possibilitando, diante do agravamento da situação, uma punição mais séria. A violência doméstica não é uma situação pontual mas algo que se prolonga no tempo, daí porque o acompanhamento prolongado é essencial à efetividade da intervenção estatal. Deve-se repisar que o Estado brasileiro possui um compromisso com a efetividade da proteção aos direitos humanos das mulheres e sempre que se estiver diante de uma situação de dúvida razoável sobre a situação de risco à mulher, deve ocorrer a intervenção do Estado para sanar a situação de violência (seja com a prevenção ou a repressão).

Para efetividade deste acompanhamento judicial prolongado, é recomendável que haja a reunião dos vários processos envolvendo episódios de violência doméstica entre as mesmas partes em um mesmo juízo. Acreditamos que esta também foi uma das finalidades do juízo especializado. Assim, se uma comarca ou circunscrição possuir mais de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, é recomendável que os vários processos entre mesmo agressor e vítima seja reunidos por conexão probatória, nos termos do art. 76, inciso III, do CPP, em uma interpretação extensiva guiada pela dignidade da pessoa humana, pela máxima efetividade dos direitos fundamentais e pelo princípio da eficiência da administração pública. Eventual acompanhamento psicossocial deverá ser o mesmo para os envolvidos e levará em conta a reiteração das agressões; da mesma forma, caso se opte pela responsabilização criminal diante da gravidade do contexto, o processamento conjunto de vários crimes é importante não apenas para facilitar a colheita da prova, pois trata-se do mesmo agressor, mesma vítima e normalmente as mesmas testemunhas, mas para subsidiar eventual compreensão da dinâmica da violência na família e permitir, se for o caso, que o somatório das penas viabilize o prolongamento da prisão preventiva para a proteção à vítima.

Vedar a composição civil como causa de extinção da punibilidade também é importante. Na hipótese de violência doméstica, ao invés de incentivar-se uma conciliação a qualquer custo, deve-se conscientizar os envolvidos da gravidade de uma situação de violência doméstica, e enfatizar a importância de soluções que proporcionem uma resposta efetiva ao problema de fundo da violência, visando assegurar a integridade dos envolvidos. Ao invés de se conciliar agressor e vítima, há que se mediar respostas efetivas.

A possibilidade da prisão em flagrante é, em geral, positiva, devendo haver equilíbrio nas situações menos graves.

A efetivação da prisão em flagrante na hipótese de lesão corporal (que agora não é mais IPMPO) é importante para assegurar a proteção penal à mulher, especialmente se há histórico de violência doméstica entre o agressor e vítima. Sua manutenção pelo juiz será analisada de acordo com a gravidade do caso concreto, verificando-se se estão presentes os requisitos necessário para decretação da prisão preventiva.

A efetivação da prisão em flagrante para um crime de ameaça também é relevante para assegurar que esta ameaça não se concretize, especialmente naquelas hipóteses em que se trata de uma ameaça factível, seja porque o agressor possui antecedentes criminais em crimes cometidos com violência contra a pessoa, seja porque no caso concreto foi uma ameaça séria que quase se concretizou. O exemplo clássico é o do ex-companheiro que se dirige à porta da casa da vítima, com uma faca na mão, e ameaça a mulher a retornar para a vida comum sob pena dela matá-la.

Todavia, a aplicação literal deste art. 41 da Lei n. 11.340/06 exige cautela, sob pena de tornar a resposta do Estado mais violenta que o próprio crime. Ameaças banais e injúrias, por exemplo, provavelmente não exigirão uma resposta tão drástica do Estado como a prisão em flagrante ou preventiva. Infelizmente, numa sociedade tão permeada por violências, como a violência entre pais e filhos, professores e alunos, policiais e cidadãos, políticos e sociedade, maridos e mulheres, ou entre vizinhos, a agressão verbal torna-se algo tão banal que afirmar, no calor de uma discussão, após uma seqüência de palavras: "eu vou te matar, seu ..." torna-se algo corriqueiro que chega a perder seu verdadeiro sentido. Da mesma forma, provavelmente não haverá necessidade de efetivação de prisão em flagrante para o caso de uma injúria, que, apesar de constituir uma forma de violência moral, extremamente reprovável, não coloca em risco diretamente a integridade física da vítima. Certamente estas formas de violência moral devem ter uma resposta à altura pelo Estado, mas há que se ter cuidado para que a resposta do Estado de Direito à irracionalidade seja pautada na racionalidade, evitando a reprodução desnecessária da violência. A sensibilidade dos operadores do direito certamente guiará a aplicação deste dispositivo nas situações mais tênues.

Outro ponto que merece reflexão é vedação completa aos acordos processuais, como a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Certamente a realização de acordos processuais é instrumento de agilização da justiça penal, de forma a assegurar uma resposta mais rápida e eficiente ao delito. Vários países priorizam as soluções consensuais como instrumento de resposta penal. Esta abolição anda na contra-mão da política criminal moderna. Provavelmente, a alteração foi realizada pelo receio na banalização da resposta penal mediante a "farras das cestas-básicas" que ocorria anteriormente. Todavia, a vedação a esta espécie de pena alternativa, como feito, já seria suficiente para contornar o problema. A alteração traz dois problemas. Primeiro, os requisitos de certeza probatória necessários para entabular um acordo processual são certamente mais diminutos que os necessários para o juiz proferir uma sentença condenatória. Assim, admitir os acordos processuais significa que haverá mais resposta do Estado a situações que quedariam sem qualquer resposta caso se exigisse a certeza da prova para a condenação, bem como se evitarão outros percalços tradicionais, como a prescrição e a demora da resposta do processo judicial. Na verdade, a vedação dos acordos processuais vai de encontro ao que recomendou a OAE, ao condenar o Brasil por violação aos direitos das mulheres, no caso Maria da Penha (que justificou a posterior aprovação da lei respectiva), ao estabelecer que o Brasil deveria "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo" e "o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera"^[08]. A vedação generalizada dos acordos processuais definitivamente não atende à recomendação da OAE no caso Maria da Penha.

Um segundo problema é que, na grande maioria dos casos, a institucionalização da resposta penal não será a melhor forma de combater a violência doméstica. Estudos criminológicos ainda não conseguiram comprovar se a sanção penal (especialmente a de prisão) possuem efetivamente o efeito de prevenção geral negativa que normalmente se imagina que ela possui (a punição de uma pessoa faz com que outras pessoas não cometam crimes). Ademais, a violência familiar é um problema complexo, com múltiplos desdobramentos. O agressor normalmente é o responsável pelo sustento da família e há uma ligação afetiva entre os vários envolvidos (marido, esposa, filhos e parentes), sendo provável que uma prisão ou uma condenação tragam resultados negativos para este relacionamento afetivo na família.

Muitas vezes, a mulher vítima da agressão ainda decide manter a relação e esta decisão não pode ser coativamente obstada pelo Estado. Por outro lado, o Estado não pode ficar inerte na resposta a este fenômeno de violência. Assim, uma resposta de cunho restaurativo mostra-se muito mais adequada às peculiaridades desta espécie de violência e seu espaço de atuação são os acordos processuais. Assim, acordar com o agressor sobre sua participação compulsória e imediata em oficinas de prevenção à violência doméstica com profissionais especializados, participação a programas de mediação com toda a família, participação a programas para desintoxicação do álcool e das drogas (normalmente os motores da violência), recebimento de capacitação e encaminhamento para exercer uma profissão, recebimento de acompanhamento assistencial periódico, são medidas muito mais eficientes para dar uma resposta preventiva à violência familiar de nível menos grave que simplesmente a condenação penal simbólica e sua substituição por uma prestação de serviços à comunidade. Isto porque o direito penal clássico não possui vocação para resolver problemas (evitar que eles efetivamente não voltem a ocorrer), ele apenas decide problemas com a atribuição de responsabilidades, o que aplaca a ânsia humana por vingança mas nem sempre resolve efetivamente a questão de fundo. Uma melhor resposta do sistema de justiça passa pela reformulação destes conceitos tradicionais sobre o que significa efetivamente uma resposta estatal eficiente.

Assim, considerando que o espírito da nova lei é assegurar uma proteção eficiente à mulher, e que a restrição aos acordos processuais, além de ser uma exceção ao tratamento isonômico, não se justificaria, pois acaba por não proporcionar necessariamente melhor proteção à vítima, entendo que neste ponto específico a vedação do art. 41 da Lei n. 11.340/06 deverá receber uma interpretação conforme a constituição para ser interpretada como um vetor de política criminal para assegurar uma proteção mais eficiente à mulher, de sorte que será admissível a denegação de oferta dos benefícios de transação penal ou suspensão condicional do processo com base na ausência dos requisitos subjetivos do agressor, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas ainda sendo admissível a oferta destes benefícios em casos não tão graves em que a solução multidisciplinar e imediata seja mais recomendável à melhor proteção da vítima.

Diante de todo o exposto, não há dúvidas que a Lei Maria da Penha trouxe instrumentos importantes para uma postura pró-ativa do Estado perante o problema da violência doméstica contra a mulher, dando-lhe instrumentos de atuação mais eficientes para a realização da justiça em seu significado mais profundo, não apenas como a aplicação fria e cega de regras, mas como um instrumento de mudança social em prol da emancipação do ser humano em sua completude.

Inovações da Lei Maria da Penha para a proteção às mulheres:

1. Possibilidade de deferimento de Medidas Protetivas de Urgência em favor da vítima mulher, como afastamento do lar, proibição de aproximação e de contato, e outras;
2. Possibilidade de encaminhamento da vítima a programa oficial de proteção, recondução da vítima ao domicílio com apoio de força policial, proibição temporária de disposição do patrimônio comum pelo agressor;
3. Lesão corporal em situação de violência doméstica, contra vítima mulher ou homem, deixa de ser infração penal de menor potencial ofensivo, passando a admitir a prisão em flagrante;
4. Criação de agravante genérica quando o crime for cometido em situação de violência doméstica contra mulher;
5. Criação de causa de aumento de pena para o crime de lesão corporal em situação de violência doméstica quando for cometido contra vítima deficiente, seja homem ou mulher;
6. A retratação à representação da vítima mulher apenas será admissível se apresentada em juízo;
7. É vedada a aplicação de pena de prestação pecuniária ou multa isolada para crimes contra vítima mulher;
8. A vítima mulher deve ser comunicada de todos os atos processuais;
9. A vítima mulher deve estar acompanhada de advogado nos atos processuais;
10. É admissível prisão em flagrante para crimes cometidos em situação de violência doméstica contra mulher;
11. É possível a decretação da prisão preventiva do agressor para crimes como lesão corporal e ameaça;
12. Direito à tramitação prioritária do processo relativo à vítima mulher.

Notas

⁰¹ Cf. EM n° 016 - SPM/PR.

⁰² Disponível em: <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=227>. Acesso em: 30 jul. 2007.

⁰³ A convenção foi aprovada em 09 jun. 1994, seu texto foi aprovado pelo Senado pelo Decreto

Legislativo n. 107, de 31 ago. 1995, e foi definitivamente promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto n. 1973, de 01 ago. 1996.

⁰⁴ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.251.

⁰⁵ TJDFT, 1ª Turma Criminal, Processo [20060910173057APR](#), rel. Des. Sérgio Bittencourt, j. 31 maio 2007, DJU 25 jul. 2007, p. 126 (este foi o *leading case*, em recurso aviado pelo combativo Promotor de Justiça Fausto Lima).

⁰⁶ TJDFT, 2ª Turma Criminal, Processo 20070020040022HBC, rel. Des. Nilsoni de Freitas,, j. 28 jun. 2007, DJ 26 set. 2007, p. 122.

⁰⁷ TJDFT, 1ª Turma Criminal, Processo 20060910172536RSE, rel. Des. Mario Machado, j. 12 jul. 2007, DJ 01 ago. 2007, p. 89.

⁰⁸ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n. 054/01 (Caso Maria da Penha Maia Fernandes), item 61.4, alíneas "b" e "c". Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 30 jul. 2007.

Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários

Texto extraído do **Jus Navigandi**
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>

Marcelo Lessa Bastos

promotor de Justiça do Rio de Janeiro, mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, doutorando pela Universidade Gama Filho, professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos (Centro Universitário Fluminense)

PALAVRAS-CHAVE: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – Juizados Especiais Criminais – Novas Regras.

RESUMO: A Lei nº 11.340/06 pegou a comunidade jurídica de surpresa e, como tudo o que é novo, tem despertado bastante discussão, principalmente pelo afastamento dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais Criminais nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Cuida-se, sem dúvida, de uma ação afirmativa feita em boa hora em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, tendo em vista que o modelo dos Juizados Especiais Criminais, não tanto por suas regras, mas principalmente por sua operacionalização, se mostrou ineficiente e inadequado para o enfrentamento de um problema que, lamentavelmente, ocorre diuturnamente. O objetivo deste ensaio é refletir sobre alguns dos principais institutos desta Lei, com o fito de suscitar o saudável debate acadêmico. As medidas protetivas de urgência, a prisão preventiva do agressor, o afastamento da Lei nº 9.099/95, a competência jurisdicional, dentre outros aspectos, constituem o objeto da presente abordagem.

1. Considerações iniciais. Antecedentes Legislativos. Origem da norma.

Em vigor desde o dia 22 de setembro último, a Lei nº 11.340/06, conhecida como "Lei Maria da Penha" em homenagem a uma mulher vítima de violência doméstica, veio com a missão de proporcionar instrumentos adequados para enfrentar um problema que aflige uma grande parte das mulheres no Brasil e no mundo, que é a violência de gênero.

É impressionante o número de mulheres que apanham de seus maridos, além de sofrerem toda uma sorte de violência que vai desde a humilhação, até a agressão física. A violência de gênero é, talvez, a mais preocupante forma de violência, porque, literalmente, a vítima, nesses casos, por absoluta falta de alternativa, é obrigada a dormir com o inimigo. É um tipo de violência que, na maioria das vezes, ocorre onde deveria ser um local de recesso e harmonia, onde deveria imperar um ambiente de respeito e afeto, que é o lar, o seio familiar.

Um antecedente legislativo ocorreu em 2002, através da Lei nº 10.455/02, que acrescentou ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 a previsão de uma medida cautelar, de natureza penal, consistente no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica, a ser decretada pelo Juiz do Juizado Especial Criminal. Outro antecedente ocorreu em 2004, com a Lei nº 10.886/04, que criou, no art. 129 do Código Penal, um subtipo de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de 3 (três) para 6 (seis) meses.

Nenhum dos antecedentes empolgou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, infelizmente. Isto porque a questão continuava sob o pálio dos Juizados Especiais Criminais e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Alguma coisa precisava ser feita: era imperiosa uma autêntica ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica, a desafiar a igualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre os sexos a igualdade material.

Veio, então, a Lei em comento – a Lei "Maria da Penha" –, cuja origem, não se tem dúvidas em afirmar isto, está no fracasso dos Juizados Especiais Criminais, no grande fiasco que se tornou a operação dos institutos da Lei nº 9.099/95, não por culpa do legislador, ressalva-se, mas, sem dúvida, por culpa do operador do Juizado, leiam-se, Juízes e Promotores de Justiça – que, sem a menor cerimônia, colocaram em prática uma série de enunciados firmados sem o menor compromisso doutrinário e ao arrepio de qualquer norma jurídica vigente, transmitindo a impressão de que tudo se fez e se faz com um pragmatismo encomendado simplesmente e tão-somente para diminuir o volume de trabalho dos Juizados Especiais Criminais [1].

E o pior: não satisfeitos com isto e alheios ao autêntico "cartão vermelho" imposto aos Juizados Especiais Criminais pela Lei "Maria da Penha", Juízes do Estado do Rio de Janeiro, reunidos em Búzios este mês de setembro, reafirmaram aqueles enunciados, agregando outros decorrentes da "análise" da Lei "Maria da Penha" – que, em resumo, poderiam ser sintetizados no seguinte: "considerando que não nos agradou, fica revogada a Lei nº 11.340/06" [2].

Sem mais delongas, inicia-se com a análise de dois pontos principais da Lei "Maria da Penha", um deles deturpado nos enunciados acima referidos.

2. É constitucional afastarem-se os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 na hipótese de violência doméstica? Pode a Lei Federal impor aos Estados regra de competência de Juízo? Análise dos arts. 33 e 41 da Lei nº 11.340/06.

Concluiu-se, no Estado do Rio de Janeiro, que o art. 41 da nova Lei seria inconstitucional por supostas ofensas ao art. 5º, I, da Constituição Federal (princípio da igualdade de gênero) e ao art. 98, I, também da Constituição Federal (que prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais e alguns de seus institutos despenalizadores). Seriam, portanto, aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 às infrações penais que, mesmo praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, se enquadrassem na definição de infração penal de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada não superior a dois anos) [3].

A fragilidade das conclusões se percebe da simples leitura do art. 98, I, da Constituição, que se reporta à Lei – "nas hipóteses previstas em lei" – para definir a incidência dos institutos despenalizadores que prevê (neste ponto, aliás, menção expressa é feita apenas à transação penal, e como exceção – "permitidos" –, o que autoriza concluir que a regra é não haver transação, que é, pois, medida de exceção).

A transcrição do dispositivo se impõe, como medida didática:

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

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, **permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [4]

Sua simples leitura já bastaria para mostrar que cabe à lei infraconstitucional estabelecer quais as infrações penais sujeitas à transação e aos demais institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Aliás, é a própria lei infraconstitucional que define quais as infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da alçada do Juizado Especial Criminal: art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação atual, dada pela Lei nº 11.313/06. A transcrição é, outra vez mais, didática:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Tem-se, pois, uma relação de regra e exceção: são infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitas, assim, aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, todas as infrações penais cuja pena máxima cominada não exceda a 2 (dois) anos, **exceto** aquelas que, independente da pena cominada, decorram de violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos dos arts. 41, c/c 5º e 7º da Lei nº 11.340/06, estes últimos adiante analisados.

Só para recordar, na primeira versão do art. 61 da Lei nº 9.099/95, estavam fora do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo e, portanto, fora do alcance dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, os crimes em que havia, simplesmente, previsão de procedimento especial, ainda que a pena máxima cominada fosse inferior a 1 (um) ano. E, nos termos do art. 90-A, da Lei nº 9.099/95, acrescentado pela Lei nº 9.839/99, estão fora do âmbito de incidência da primeira os crimes militares, independente da pena [5]. Nunca se reclamou disto, na perspectiva da constitucionalidade, não fazendo sentido pretender deslegitimar a exclusão imposta pela Lei "Maria da Penha".

Nem se diga que a competência dos Juizados Especiais Criminais é de natureza constitucional. Tal afirmação nunca empolgou. Se assim fosse, seriam inconstitucionais os arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, da própria Lei nº 9.099/95, que prevêm a remessa do feito ao Juízo comum, nas hipóteses, respectivamente, de réu não encontrado para ser citado, já que inexistente citação por edital nos Juizados, e de necessidade de diligências complexas que contrariem o princípio da celeridade imanente ao rito do Juizado. Também seria inconstitucional a remessa ao Juízo comum do feito em casos de conexão e continência, na hipótese do crime conexo não ser de menor potencial ofensivo, remessa a que sempre foi favorável a maioria da doutrina e jurisprudência, o que foi recentemente contemplado de forma expressa pela Lei nº 11.313/06, que deu nova redação aos arts. 60 da Lei nº 9.099/95 e 2º da Lei nº 10.259/01 [6].

No tocante à suposta ofensa ao princípio da igualdade de gênero, já foi dito acima que a Lei em comento é resultado de uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, cuja necessidade de evidenciava urgente. Só quem não quer não enxerga a legitimidade de tal ação afirmativa que, nada obstante formalmente aparentar ofensa ao princípio da igualdade de gênero, em essência busca restabelecer a igualdade material entre esses gêneros, nada tendo, deste modo, de inconstitucional. Outras tantas ações afirmativas têm sido resultado de políticas públicas contemporâneas

e, em que pesem algumas delas envoltas em polêmicas, não recebem a pecha de inconstitucionalidade. Citem-se as quotas para negros e estudantes pobres nas universidades, as quotas para deficientes em concursos públicos, as quotas para mulheres nas eleições etc.

Em resumo, não há o menor problema com o art. 41 da Lei "Maria da Penha". Não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, **não** cabe transação penal **nem** suspensão condicional do processo **nem** composição civil dos danos extintiva de punibilidade, **não** se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado **auto de prisão em flagrante** e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado **inquérito policial** (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/06), a **denúncia** deverá vir **por escrito**, o **procedimento** será o previsto no **Código de Processo Penal**, em se tratando de **lesão corporal leve** a ação penal será de iniciativa **pública incondicionada** etc [7].

Tocante ao art. 33 da Lei "Maria da Penha", uma ponderação deve ser feita, em homenagem ao pacto federativo que, ultimamente, tem sido muito maltratado. É que a lei federal, ao pretender atribuir às Varas Criminais a competência transitória para o processo e julgamento dos crimes praticados em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs sobre competência de juízo, invadindo, deste modo, a competência legislativa dos Estados em matéria de organização judiciária, ressalvada pelo art. 125, § 1º, da Constituição Federal. Não pode a Lei federal definir competência de juízo, até porque não há como a União descer às idiossincrasias de cada Estado para saber qual a necessidade de demanda dos órgãos jurisdicionais dos Entes Federativos em suas diversas Comarcas. Inconstitucional, deste modo, o art. 33 da Lei "Maria da Penha". Correto, portanto, o enunciado nº 86 do até então criticado Encontro de Búzios [8].

Nada impede, portanto, que os Estados, através de Lei de iniciativa do Presidente do Tribunal, atribuam aos Juizados Especiais Criminais competência para processar e julgar os crimes decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, transformando-os de modo que passem a ser, também, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Lembra-se, todavia, que, independente do crime e da pena, seja ou não compreendido no conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, não se aplicam os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, como já exposto [9].

3. A restrição à aplicação de penas de multa e "cestas básicas".

Mantendo a homogeneidade de seu espírito e ainda sob o trauma do fracasso dos Juizados Especiais Criminais, vedou a Lei "Maria da Penha" que, em caso de condenação, seja aplicada ao réu somente penas de prestação pecuniária e multa.

Sem dúvidas, tal vedação é resultante do descrédito de tais penas, decorrente, dentre outras coisas, do simples fato de não poderem, em caso de descumprimento injustificado por parte do réu, ser convertidas em pena privativa de liberdade.

Não vedou a Lei, no entanto, se cabível, a aplicação das outras penas restritivas de direitos que, se descumpridas, são passíveis de conversão em prisão, na forma do art. 44, § 4º, do Código Penal.

Não há qualquer inconstitucionalidade na vedação em comento, sob a perspectiva do princípio da individualização da pena, a uma porque não se vedou a aplicação de outras penas restritivas de direitos, como visto; e a duas porque o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, estabelece que caberá à Lei regular tal individualização [10].

Quis a Lei "Maria da Penha", com isto, que o réu acusado da prática de qualquer crime resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena cominada, seja julgado por tal infração penal [11] e, na hipótese de condenação, seja-lhe aplicada uma pena que, ainda que venha a ser substituída por pena restritiva de direitos, possa, em caso de descumprimento injustificado, ser convertida em prisão, de modo que o apenado se sinta afligido com a sanção penal imposta e, deste modo, seja demovido da idéia de persistir na prática de infrações penais deste jaez.

4. Definição conceitual de violência doméstica e familiar contra a mulher. Competência da Justiça Estadual e eventual deslocamento de competência. Os arts. 5º, 6º e 7º da Lei "Maria da Penha".

São os arts. 5º e 7º os responsáveis por determinar o âmbito de incidência da Lei em comento, já que são eles que definem o que configura e quais as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Seu exame conjunto, portanto, mostra-se fundamental para estabelecer quando se aplica a Lei "Maria da Penha".

Uma primeira observação que se deve fazer diz respeito a que mulher está sujeita à proteção legal. À míngua de qualquer exclusão constante do texto da Lei, conclui-se que qualquer mulher está por ela tutelada, independente da idade, seja adulta, idosa ou, até mesmo, criança ou adolescente. Nestes últimos casos, haverá superposição de normas protetivas, pela incidência simultânea dos Estatutos do Idoso e da

Criança e Adolescente, que não parecem excluir as normas de proteção da Lei "Maria da Penha" que, inclusive, complementam a abrangência de tutela. Bom que se lembre que a Lei "Maria da Penha" não se restringe à violência doméstica, abrangendo, igualmente, a violência familiar, do que não estão livres, infelizmente, crianças, adolescentes e idosos.

Outro ponto a ser considerado, positivo por sinal, diz respeito à ausência de preconceito no que tange às relações domésticas que unam mulheres homossexuais. Qualquer delas, independente do papel que desempenham na relação, está sujeita à proteção legal, como estabelece o parágrafo único do art. 5º [12].

Para ser sujeito passivo tutelado pela norma basta, portanto, que a pessoa se enquadre no conceito biológico de "mulher".

Não pode escapar à crítica, no entanto, o elastério conceitual de que se valeram os arts. 5º e 7º, ao definirem o âmbito de incidência da Lei, permitindo a formulação de juízos de adequação excessivamente abertos, vagos e imprecisos e, portanto, contrários à idéia de segurança jurídica que deve nortear o Direito Penal.

Do art. 5º, só para exemplificar, se pode extrair a idéia de "sofrimento sexual por omissão" [13]. E do art. 7º a idéia de "vigilância constante" [14] como forma de violência psicológica.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

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

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

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

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. [15]

Caberá ao Juiz, diante do caso concreto, podar eventuais excessos interpretativos, de modo a não permitir, por exemplo, que se queira aplicar a Lei ao marido que simplesmente não cumpra regularmente com suas obrigações sexuais para com sua esposa, rejeitando, se for o caso, por atipicidade material, eventual queixa que, neste sentido, por absurdo, imagine tal comportamento como capaz de configurar crime de injúria.

A definição conceitual do que seja violência doméstica e familiar contra a mulher e a prudência que se espera dos operadores do Direito, em especial Juízes e Promotores, no mister de restringir sua incidência diante de normas tão abertas, é vital em se levando em conta que qualquer crime previsto no Código Penal ou em Leis Especiais, que tutelem as integridades física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da mulher, podem, em tese, estar sujeitos às prescrições da Lei "Maria da Penha". Neste sentido, são alvos de preocupação específica os crimes que, pela pena, conformar-se-iam na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, por conta, principalmente, no caso de atraírem a aplicação desta Lei, do afastamento da incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, das limitações à aplicação de determinadas penas restritivas de direitos e da previsão excepcional de prisão preventiva

[16].

Finalmente, há que se analisar o alcance e as intenções do art. 6º:

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. [17]

Cuida-se de dispositivo encomendado para poder dar ensejo a eventual Incidente de Deslocamento de Competência, na forma dos arts. 109, V-A e § 5º da Constituição Federal, dispositivos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45. Bom frisar que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher continuam, em princípio, sendo de competência da Justiça Estadual. Assim como são, também em princípio, quaisquer crimes contra os direitos humanos. Isto porque a competência da Justiça Federal em casos tais pressupõe a procedência do Incidente de Deslocamento, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, por iniciativa do Procurador-Geral da República. Não é automática a competência da Justiça Federal diante do simples fato de se tratar de crime contra os direitos humanos, eis que o art. 109, V-A da Constituição condiciona a regra de competência ao Incidente de Deslocamento, ao fazer remissão expressa ao § 5º, não permitindo que, antes disto, seja estabelecida a competência da Justiça Federal.

5. As medidas específicas de proteção. Natureza jurídica. Iniciativa.

Antecipando o que se pretende na reforma do Processo Penal, a Lei traz autênticas medidas cautelares alternativas à prisão, misturadas a outras medidas cautelares de caráter extrapenal e a medidas administrativas de proteção à mulher, agregadas nos arts. 11, 22, 23 e 24, os últimos sob o título de medidas protetivas de urgência.

Um embrião de tais medidas já era o art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 10.455/02 [18].

As medidas do art. 11, administrativas que são e a cargo da autoridade policial, não oferecem maiores problemas. Lamenta-se, somente, o fato do legislador ter enganado as feministas, dando-lhes a falsa esperança de que, doravante, poderão contar com proteção policial (art. 11, I), quando necessário (o que, a rigor, na maioria das vezes o é), coisa que nem as autoridades públicas podem contar regularmente.

Já as denominadas medidas protetivas de urgência, que se dividem naquelas que obrigam o agressor (art. 22) e nas que simplesmente protegem a ofendida (arts. 23 e 24), merecem aprofundada reflexão, a revelar sua natureza e permitir compreender a questão da iniciativa. De se notar que as medidas especificadas em cada um dos artigos mencionados são sempre exemplificativas, não esgotando o rol de providências protetivas passíveis de adoção, consoante ressalvado no art. 22, § 1º e no *caput* dos arts. 23 e 24.

Começa-se a análise pelo art. 22, a seguir transcrito para facilitar o exame.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da [Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#);

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios [19].

Pode-se afirmar que as medidas previstas nos incisos I, II e III ("a", "b" e "c") são cautelares de natureza penal. Portanto, se vinculadas a infração penal cuja ação seja de iniciativa pública, parece que só podem ser requeridas pelo Ministério Público, não pela ofendida, até porque são medidas que obrigam o agressor, não se destinando, simplesmente, à proteção da ofendida. Sendo assim, não está ela legitimada a requerer tais medidas, o que só pode ser feito pelo titular da ação penal, porque não faria sentido poder ela promover a ação cautelar e não poder promover a ação principal.

Já as medidas dos incisos IV e V são cautelares típicas do Direito de Família. Sendo assim, a parte legítima a requerer será, naturalmente, a interessada. Uma questão a se examinar é se, para tanto, se faz necessária a assistência por Advogado ou Defensor, do que adiante se cuida, já se adiantando o entendimento de que sim.

Outra ordem de medidas de proteção vem nos arts. 23 de 24, a seguir igualmente transcritos.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo [20].

Têm-se no art. 23, I e II medidas de cunho administrativo, em que pesem atribuídas ao Juiz desnecessariamente. Nada impede que fossem determinadas pelo Ministério Público, do que, aliás, cuida o art. 26, I. Dada a natureza administrativa de tais medidas, no caso de serem dirigidas ao Juiz, pode a mulher requerer diretamente, independente, neste caso somente, de assistência de Advogado ou Defensor.

Já o art. 23, III e IV contempla medidas cautelares típicas, novamente, do Direito de Família, necessitando, em razão disto, que a ofendida se faça representar por Advogado ou Defensor para requerê-las.

O mesmo se diga das medidas do art. 24, todos os seus incisos, que também são cautelares de cunho eminentemente patrimonial, com natureza extrapenal. A legitimada a requerer é a interessada, porém assistida por Advogado ou Defensor.

Está a se sustentar aqui que, nada obstante o disposto no art. 12, III e § 1º, 18, I, e 27, *fine*, a ofendida não tem capacidade postulacional para pedir diretamente ao Juiz a aplicação das medidas protetivas de urgência com natureza cautelar, embora seja a única legitimada caso se tratem de cautelares penais vinculadas a crime de ação penal de iniciativa privada ou cautelares extrapenais.

Propõe-se uma interpretação sistemática dessas medidas, inseridas no sistema cautelar do processo penal e do processo civil, a regê-las conforme o caso. Neste sentido, anota-se, inclusive, que as medidas cautelares de natureza extrapenal estão sujeitas às regras de caducidade estabelecidas nos arts. 806, 807 e 808 do Código de Processo Civil.

O art. 19 [21] parece clarear as coisas neste sentido – as medidas protetivas de urgência serão concedidas pelo Juiz a requerimento do Ministério Público (quando se tratarem de cautelares de natureza penal vinculadas a infração penal cuja ação for de iniciativa pública) ou a pedido a ofendida (quando a ação penal a que se vincularem for de iniciativa privada ou quando se tratar de medidas cautelares extrapenais ou meramente administrativa, no último caso, apenas, prescindindo-se da assistência de Advogado ou Defensor), conforme aqui delimitado.

Em socorro disto vêm os arts. 27 e 28 [22], que prevêm a Assistência Judiciária à ofendida desde o atendimento policial (inclusive para os fins do art. 12, III e § 1º, como aqui se sustenta).

É verdade que o art. 27, *fine*, parece ressaltar a necessidade de assistência por Advogado ou Defensor nas hipóteses de medidas protetivas de urgência. No entanto, a interpretação sistemática que aqui se propõe conforma o âmbito de incidência do aludido dispositivo, para que só desonere a ofendida da representação judiciária nas hipóteses de medidas protetivas de natureza meramente administrativa (art. 23, I e II, somente, como já dito acima).

Sobriria muito pouco, do contrário, para a assistência jurídica à mulher, lembrando-se de que, nas hipóteses desta Lei, estará ela sempre no pólo passivo da demanda. Restaria, talvez, a inusitada providência do art. 9º, § 2º, II, que atribui uma espécie de jurisdição trabalhista ao Juiz Criminal. Aliás, quem paga o salário da ofendida durante o período de afastamento? Terá a Lei transformado o empregador privado em empresa de seguro violência doméstica? Estas são questões a serem descortinadas pelos teóricos do Direito Laboral, eis que já há problemas de sobra com os aspectos penais e processuais penais da Lei.

6. Prisão preventiva. Aplicação excepcional. Análise sistemática do art. 313 do Código de Processo Penal, com sua atual redação decorrente do acréscimo de inciso determinado pela Lei "Maria da Penha".

O art. 20 da Lei em exame estabelece que:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem [23].

Não se trata de uma nova espécie de prisão preventiva e, sim, da velha prisão preventiva, prevista nos arts. 311/316 do Código de Processo Penal, chamada à aplicação nas infrações penais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Deste modo, são aplicáveis à espécie todos os dispositivos que dispõem sobre a prisão preventiva.

Assim, imprescindível a presença de um dos motivos determinantes da prisão – garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal. É o *periculum in mora* ou, como se prefere chamar em processo penal, *periculum libertatis*. Além disto, imprescindível, também, que se tenha prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, tudo de acordo com o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal (*fumus boni juris*) [24].

A novidade está no acréscimo de inciso ao art. 313 do Código de Processo Penal, que cuida dos pressupostos de cabimento da prisão preventiva, por força do art. 42 da Lei "Maria da Penha", passando aquele dispositivo legal a ter a seguinte redação:

Art. 313 - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

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

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

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. [25]

Da interpretação sistemática do dispositivo acima transcrito, podem-se extrair as seguintes conclusões: 1 – a prisão preventiva cogitada na Lei "Maria da Penha" continua cabendo apenas diante de crimes dolosos, a uma porque o novel inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal se subordina ao seu *caput*, onde, na parte final, se estabelece que a medida excepcional só cabe em crimes dolosos, estando, por conseguinte, excluídas de sua incidência as contravenções e os crimes culposos. A duas porque em sede de crime culposo não se cogita de "violência" doméstica e familiar contra a mulher; 2 – o inciso IV pode abranger qualquer crime doloso, independente da pena ou das condições pessoais do criminoso, desde que praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, com a identificação conceitual estabelecida nos arts. 5º e 7º da Lei em exame; 3 – neste caso específico de prisão preventiva do inciso IV, a medida será ainda mais excepcional e, necessariamente, subsidiária às outras medidas cautelares, definidas como protetivas de urgência, estabelecidas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei "Maria da Penha". Só caberá a prisão preventiva, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher aventadas exclusivamente no inciso IV do art. 313 para assegurar a eficácia daquelas medidas protetivas de urgência, se as mesmas, por si só, se revelarem ineficazes para a tutela da mulher; 4 – tal restrição, no entanto, se torna desimportante na hipótese do caso se enquadrar nas demais situações estabelecidas nos arts. 313, I, II e III do Código de Processo Penal, os pressupostos clássicos da prisão preventiva, ou seja, crime doloso punido com reclusão, punido com detenção quando o réu é vadio ou há dúvidas sobre sua identificação, ou, independente da pena cominada, se o réu já foi condenado por outro crime doloso. Presentes algum dos outros três pressupostos da prisão preventiva, ainda que o crime seja resultado de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se precisará recorrer ao inciso IV, cabendo a prisão preventiva, independente da eficácia ou não das outras medidas protetivas de urgência, pelas simples hipóteses estabelecidas nos incisos I, II e III [26].

O inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, como visto, alarga sobremaneira as hipóteses de cabimento de prisão preventiva, passando a comportá-la, em tese, qualquer crime doloso, independente da pena cominada (injúria, ameaça, lesão corporal etc.), desde que resultado de violência doméstica e familiar contra a mulher, em sua concepção conceitual, e que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei "Maria da Penha" não sejam suficientes para a tutela da vítima. É preciso, portanto, principalmente nos crimes ditos de menor potencial ofensivo, como os acima mencionados, em virtude da pequena quantidade de pena privativa de liberdade cominada, que o Juiz aja com bastante prudência na hora de decidir pela prisão do agressor, medida que só pode ser reservada a *ultima ratio* e, em nenhuma hipótese, pode exceder, em tempo de duração, à projeção de aplicação da pena privativa de liberdade cominada, em

caso de condenação, o que faria com que perdesse o contorno de cautelaridade que se deve exigir da prisão preventiva.

De lembrar, também, que é aplicável ao tema o art. 314 do Código de Processo Penal [27], de sorte que não se poderá cogitar da prisão preventiva, mesmo em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, se dos autos se delinarem situações de excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade – faltaria *fumus boni juris*.

Tocante à iniciativa da medida, da comparação do art. 20 da Lei "Maria da Penha", com o art. 311 do Código de Processo Penal [28], percebe-se que o primeiro não contemplou a hipótese da iniciativa da querelante no requerimento da medida ao Juiz, o que é previsto expressamente no segundo. Isto não significa que não caiba a prisão preventiva, com as ressalvas do inciso IV do art. 313, nos crimes de ação penal de iniciativa privada [29]. Isto porque é possível ao Juiz decretá-la de ofício, o que sempre pôde pelo art. 311 do Código de Processo Penal [30] e foi repetido, agora, no art. 20 da Lei "Maria da Penha", tornando desimportante a questão de quem possa ser legitimado a propor a medida.

A única explicação para se permitir que o Delegado represente pela prisão preventiva, aliás, em qualquer das situações do Código de Processo Penal, reside no fato do Juiz poder decretá-la de ofício. Do contrário, em não sendo o Delegado parte no processo penal principal, não poderia sê-lo no cautelar e, portanto, não poderia se dirigir diretamente ao Juiz para expor a necessidade da prisão, tendo que, necessariamente, caso o Juiz não pudesse adotar a medida restritiva de ofício, que se dirigir ao Ministério Público [31]. Tolher o Juiz de decretar a prisão preventiva de ofício implicaria, outrossim, em afirmar que só caberia a medida diante da concordância, ou melhor, do requerimento expresso, do Ministério Público, não se podendo adotar a medida se o *Parquet* a entendesse desnecessária.

Por derradeiro, cumpre observar que, nada obstante o art. 20 da Lei ter estabelecido que a prisão pode ser adotada "em qualquer fase do inquérito ou processo", reproduzindo, neste particular, a norma estabelecida no art. 311, primeira parte, do Código de Processo Penal, tem este autor sustentado que não cabe prisão preventiva antes do oferecimento da denúncia ou queixa [32]: a uma porque, se tem "indícios suficientes" para a decretação da prisão preventiva [33], tem que haver indícios para exercício da ação penal – leia-se, justa causa; a duas porque a hipótese atual de prisão antes do exercício da ação penal é a prisão temporária, de que trata a Lei nº 7.960/89, presentes os seus pressupostos legais.

Também aqui cumpre observar que é possível revogar e red decretar a prisão preventiva do agressor tantas quantas forem as vezes em que desaparecerem e se fizerem novamente presentes os seus motivos, leia-se, igualmente e respectivamente, tantas quantas forem as vezes em que se mostrarem supervenientemente eficazes e ineficazes as medidas protetivas de urgência, sendo certo que o art. 20, parágrafo único, da Lei [34], neste particular, apenas reproduz o estabelecido no art. 316 do Código de Processo Penal [35].

7. Questão da representação (art. 16 da Lei "Maria da Penha").

Um último aspecto a ser destacado neste primeiro ensaio acerca da nova Lei é a questão da "renúncia" à representação, de que trata o art. 16:

Art. 16. 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 [36].

Em primeiro lugar, cumpre lembrar que o dispositivo em comento não está endereçado à lesão corporal leve fruto de violência doméstica e familiar contra a mulher porque, como já dito acima, neste caso, por força do art. 41 da Lei "Maria da Penha", que afastou a incidência da Lei nº 9.099/95 em casos tais, a ação penal voltou a ser pública incondicionada. Resta, portanto, cogitar do dispositivo em casos de ameaça, estupro e atentado violento ao pudor com vítima pobre, etc, se praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A leitura do art. 16 da Lei nos revela uma perplexidade: é que renúncia, tecnicamente, se dá antes do exercício do direito. Deste modo, só se renuncia ao direito de representação antes de exercitá-lo. Sendo assim, como se pode imaginar uma renúncia ao direito de representação antes do recebimento da denúncia, o que pressupõe que ela tenha sido oferecida, se, para ser oferecida, é imprescindível a existência da representação, condição especial que é para a deflagração da ação penal? Está confuso? É possível piorar então: a Lei parece ter estabelecido a possibilidade de se renunciar a um direito (o de representação), cujo exercício era pressuposto para o exercício de outro (o da ação penal pública condicionada), após este efetivo exercício (o oferecimento da denúncia). Isto evidentemente não é possível. Teria a Lei estabelecido uma regra inútil – o de que a representação é renunciável até o recebimento da denúncia, para o quê, obviamente, já tinha que ter sido oferecida? Ou será que, em verdade, quando se falou em renúncia, quis se ter falado em retratação?

É o que parece ter ocorrido. A Lei quis dizer que a representação é retratável somente em juízo e até o recebimento da denúncia. E é fácil explicar o equívoco. É que a prática dos Juizados Especiais

Criminais consagrou um absurdo entendimento, já criticado antes, no sentido de que a falta da vítima à audiência preliminar demonstraria desinteresse processual e, sendo assim, equivaleria à "renúncia" ao direito de representação. E isto, por incrível que pareça, chegou a virar enunciado de encontros de trabalho sobre Juizados. Além do absurdo em si, outro erro trivial saiu na redação do enunciado, que tratava como renúncia o que, na verdade, era retratação. A vítima, não raras vezes, exercitava seu direito de representação na lavratura do termo circunstanciado e, depois, faltava à audiência preliminar. Evidentemente que não era caso de renúncia, até porque o direito já foi exercitado, muitas vezes expressamente. Na verdade nem de retração, mas de simples negativa à composição civil dos danos. Sucede que os Juizados resolveram criar uma extravagante obrigação para a vítima, que era – ainda hoje, infelizmente, é assim, pasme-se! – comparecer à audiência preliminar, nada obstante a ação penal ser pública. E, quando a mesma faltava, resolveram, por puro pragmatismo, eliminar mais um procedimento e, ao arrepio de qualquer norma jurídica, seja do Código de Processo Penal, seja da própria Lei nº 9.099/95 que abrigasse tal entendimento, considerar que estaria ocorrendo a retratação tácita do direito de representação, que denominaram desinteligentemente de "renúncia".

Esta desinteligência [37] – fruto de encontros de trabalho de Magistrados e Promotores de Juizados Especiais Criminais – induziu a erro o legislador que, tomando por referência o enunciado infeliz e mal redigido, cogitou de renúncia quando, em verdade, o que pretendia submeter ao controle do Juiz era a retratação da representação.

Do contrário, além das impropriedades acima destacadas, a se considerar como sendo mesmo renúncia o instituto versado no art. 16, estar-se-ia a criar uma espécie de "representação compulsória". Sim porque, ocorrido o crime, se a vítima não manifestasse o desejo de exercer o direito de representação, o Delegado seria obrigado a endereçar o expediente ao Juiz, para que fosse designada audiência especial com a finalidade de colher sua renúncia expressa, o que contraria, com obviedade ululante, o espírito da ação penal de iniciativa pública condicionada, que é deixar a vítima em paz para decidir se quer ou não representar, sem qualquer tipo de coação ou sugestão. E isto tudo sem instaurar inquérito policial, para o qual, em se tratando de crime de ação penal de iniciativa pública condicionada, a prévia representação lhe é formalidade essencial, forma de início do inquérito, sob pena de nulidade (art. 4º, § 4º, c/c 564, III, "a", do Código de Processo Penal).

Em síntese, onde se lê, no art. 16 da Lei em exame, "renúncia", leia-se, "retratação" [38] da representação. E, neste ponto, registre-se que a lei foi incompreensivelmente benevolente, porque previu como termo *ad quem* para esta retratação – que só pode ser em juízo, bom lembrar – o recebimento da denúncia e não o seu oferecimento, como tradicionalmente estabelecido no art. 25 do Código de Processo Penal, que continua aplicável às demais situações.

8. Epílogo conclusivo.

Essas são observações iniciais que se ousou fazer acerca da nova Lei, no propósito de estimular o debate e, sem poupá-lo das críticas que se reputam merecidas, prestigiar o legislador.

Não se pode admitir que o operador do Direito, pelo simples fato de não concordar com a norma jurídica, simplesmente se recuse a aplicá-la, inventando inconstitucionalidades onde não existem, com o indistigável propósito de reduzir o volume de trabalho de determinados órgãos jurisdicionais.

Vale lembrar a lição de Ferrajoli, principalmente para os que se dizem garantistas:

Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas pessoais convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções. Ao menos em princípio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou subrepor ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder, equivale para quem a ele se submete, **ao arbítrio e ao abuso** (...). O formalismo ético nas posturas práticas dos juízes diante das leis segue o modelo cognitivo e garantista da jurisdição e da separação do direito da moral: a estrita legalidade, como se viu amplamente neste livro, exige moral e politicamente dos juízes que eles **julguem apenas de forma jurídica** e não também moral e politicamente, e apenas os fatos e não os seus autores. [39]

A se consolidar a tendência esboçada e criticada no início deste artigo, de simplesmente ignorar o cerne da Lei, que é o afastamento dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o que se teme possa ocorrer infelizmente, consistindo numa verdadeira violência jurídica contra a mulher, outra alternativa não restará aos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, senão ajuizarem, com urgência, perante o Supremo Tribunal Federal, ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, "a", da Constituição Federal) do art. 41 da Lei nº 11.340/06, com vistas ao efeito vinculante prescrito no art. 102, § 2º, da Constituição Federal, sob pena de serem cúmplices de mais uma violência contra a mulher.

Fica dada a sugestão.

Notas

Por exemplo: a retratação tácita da representação pela ausência de comparecimento da vítima à audiência preliminar (nenhuma lei brasileira oferece qualquer dispositivo que permita tirar esta conclusão!); a banalização da transação penal, com a consagração das cestas básicas como resposta penal principal dos Juizados, fazendo com que o órgão mais pareça uma sucursal das Secretarias de Promoção Social; o valor aviltante dessas obrigações, não raras vezes parceladas em suaves prestações mensais e em montante muito inferior ao próprio dano provocado pela infração penal, etc. Só para ilustrar o tamanho da teratologia, merece destaque o **enunciado nº 85**, extraído do Encontro de Juízes de Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais, ocorrido em Armação dos Búzios, entre os dias 01 e 03 de setembro de 2006: "A prática de ato que denote falta de interesse pelo andamento do feito pela vítima enseja o seu arquivamento, de ofício, ou a decretação da extinção da punibilidade, após a denúncia, por ter o significado de renúncia tácita ao direito de representação, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 16 da Lei nº 11.340/2006". Cuida-se de um primor de teratologia! Dois absurdos saltam aos olhos do enunciado, mesmo ao leitor mais desatento, ainda que catecúmeno nas letras jurídicas – o arquivamento *ex officio*, pelo Juiz, de termo circunstanciado ou procedimento investigatório preparatório ao exercício da ação penal (onde fica o sistema acusatório?!); a decretação de extinção da punibilidade, após a denúncia, pela suposta renúncia tácita ao direito de representação (qual a relevância da suposta renúncia, se a ação penal já está em curso? Aliás, que renúncia é esta, se o direito já foi exercido, tanto que a denúncia já foi oferecida?? Que "interesse pelo andamento do feito" tem que manifestar a vítima, se o crime é de ação pública? Está se tentando criar uma espécie de perempção em ação penal de iniciativa pública, o que é o absurdo dos absurdos!).

Os enunciados em questão estão disponíveis, dentre outros locais, na ADV/COAD, Informativo nº 37/2006, tendo sido publicados no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro do dia 11 de setembro de 2006.

Do Encontro de Juizes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro em Armação dos Búzios: **enunciado nº 82** – "É inconstitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 ao afastar os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do art. 98, I e 5º, I, da Constituição Federal"; **enunciado nº 83** – "São aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006"; **enunciado nº 84** – "É cabível, em tese, a suspensão condicional do processo para o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006"; **enunciado nº 88** – "É cabível a audiência prévia de conciliação aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo de pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006"; **enunciado nº 89** – "É cabível a audiência prévia de conciliação para o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006".

Brasil, Constituição Federal, art. 98, I, com os grifos nossos.

Só para recordar, esboçou-se pueril controvérsia acerca da natureza da ação penal do crime de lesão corporal leve previsto no Código Penal Militar, surgindo equivocados entendimentos de que seria pública condicionada a representação, malgrado inexistir, na legislação castrense, tal espécie de ação.

Sobre este assunto, vide: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59/60; e MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 56/57 e 78. Este último colacionando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em abono à tese defendida.

Neste sentido, vide GOMES, Luiz Flávio, e BIANCHINI, Alice. *Aspectos Criminais da Lei de Violência Contra a Mulher (I)*. Artigo publicado no site do Instituto Luiz Flávio Gomes – www.lfg.com.br, acessado em 28/08/2006, às 15:10h.

Encontro de Juizes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro em Armação dos Búzios: **enunciado nº 86** – "É inconstitucional o artigo 33 da Lei nº 11.340/2006 por versar matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual (artigo 125, § 1º, da Constituição Federal)".

Isto foi feito no Estado do Rio de Janeiro, contudo através de resolução, a Resolução nº 23/2006, de 19 de setembro de 2006, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Lembra-se que, sob a vigência das antigas Leis de Entorpecentes, o entendimento jurisprudencial se consolidou no sentido do não cabimento de conversão da pena oriunda das condenações por tráfico de entorpecentes em pena restritiva de direitos, malgrada a ausência de previsão expressa neste sentido no Código Penal e nas Leis nºs. 6.368/76 e 10.409/02, omissão esta corrigida com a nova Lei de Drogas, em seu art. 33, § 4º, e 44 (Lei nº 11.343/06).

Mesmo que se enquadre a infração, em tese, no conceito de menor potencial ofensivo, ficaram afastados os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, com já examinado.

BRASIL, Lei nº 11.340/06, art. 5º, parágrafo único: "As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

? (o ponto de interrogação é quanto basta!).

Ciúmes?

BRASIL, Lei nº 11.340/06.

Só para dar um exemplo, suponha-se que duas amigas resolvam sair para noitada e, de repente, se desentendam por causa de um namorado comum, a ponto de trocarem sapatos e causarem lesões corporais recíprocas. Não se trata de infrações penais que se enquadrem no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto, serão crimes de menor potencial ofensivo, sob os auspícios do Juizado Especial Criminal (termo circunstanciado, transações civil e penal, representação, etc); Já se estas mesmas lesões corporais fossem causadas, não por meras amigas, mas por conviventes homossexuais femininas, no seio de suas relações domésticas e íntimas de afeto, estariam tais infrações penais sujeitas às prescrições da Lei "Maria da Penha", neste artigo em análise.

BRASIL, Lei nº 11.340/06.

Que previu a possibilidade de afastamento cautelar do agressor do lar conjugal em caso de violência doméstica, a ser determinado cautelarmente pelo Juiz do Juizado Especial Criminal, sob cuja batuta estava a questão até então.

BRASIL, Lei nº 11.340/06.

BRASIL, Lei nº 11.340/06.

Brasil, Lei nº 11.340/06, art. 19: "As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida".

Brasil, Lei nº 11.340/06, art. 27: "Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei"; art. 28: "É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado".

BRASIL, Lei nº 11.340/06.

BRASIL, Código de Processo Penal, art. 312: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".

BRASIL, Código de Processo Penal, art. 313, com redação determinada pelo art. 42 da Lei nº 11.340/06.

Exemplo: estupro, homicídio, atentado violento ao pudor, lesão corporal seguida de morte, decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

BRASIL, Código de Processo Penal, art. 314: "A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III, do Código Penal".

BRASIL, Código de Processo Penal, art. 311: "Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial."

Poderia, em tese, por absurdo, a medida se afigurar imprescindível num crime de injúria, após falharem todas as medidas protetivas de urgência estabelecidas em favor da mulher, diante da insistência do agressor em continuar freqüentando os locais que ela freqüenta para, sistematicamente, humilhá-la (vide art. 7º, II e V, da Lei "Marida da Penha").

Embora se registrem respeitáveis posicionamentos em contrário que, por fugirem ao propósito deste trabalho, deixam de ser mencionados com o rigor de costume.

Registram-se, também, entendimentos neste sentido e até propostas de alteração legislativa nesta linha que, da mesma forma da observação da nota anterior, por se tratar de assunto que foge ao propósito deste trabalho, são mencionadas superficialmente, sem maior rigor técnico.

Em nenhuma hipótese, nem mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Vide art. 312, *fine*, do Código de Processo Penal.

BRASIL, Lei nº 11.340/06, art. 20, parágrafo único: "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem."

BRASIL, Código de Processo Penal, art. 316: "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem."

BRASIL, Lei nº 11.340/06.

Em todos os sentidos (formal e material, por assim dizer).

Em sentido contrário e sob todas as vênias cita-se artigo de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: "Eventual analogia (para alcançar também a retratação) seria in malam partem (contra o réu). Considerando-se os inequívocos reflexos penais (aliás, reflexos penais imediatos, não remotos) da retratação da representação (visto que ela pode conduzir à decadência desse direito, que é causa extintiva da punibilidade nos termos do art. 107, IV, do CP), não há como admitir referida analogia. As normas genuinamente processuais admitem amplamente analogia (CPP, art. 3º), mas quando possuem reflexos penais imediatos (ou seja: quando estamos diante de normas processuais materiais), elas contam com a mesma natureza jurídica das normas penais" [GOMES, Luiz Flávio, e BIANCHINI, Alice. *Lei da Violência Contra a Mulher – Renúncia e Representação da Vítima*. Disponível na Internet, www.lfg.com.br, acessado em 30/09/06, às 23:00h]. A proposta que ora se faz não é de analogia, o que pressuporia admitir que a Lei acertou ao prever a renúncia e pretender estender tal previsão à representação. Ao contrário, o que aqui se afirma é que não se trata de renúncia e, sim, de retratação da representação, sendo necessária uma interpretação corretiva da Lei, para captar o instituto de que efetivamente queria cuidar.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 741.

Referências.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio, e BIANCHINI, Alice. *Aspectos Criminais da Lei de Violência Contra a Mulher*. Artigo publicado no site do Instituto Luiz Flávio Gomes, acessível em www.lfg.com.br.

_____. *Lei da Violência Contra a Mulher*. Artigo publicado no site do Instituto Luiz Flávio Gomes, acessível em www.lfg.com.br.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher

Texto extraído do **Jus Navigandi**

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>

Eduardo Luiz Santos Cabette

delegado de polícia, mestre em Direito Social, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, professor da graduação e da pós-graduação da Unisal

1 – INTRODUÇÃO

Satisfazendo as expectativas das entidades de defesa dos Direitos das Mulheres e em cumprimento ao preceito do § 8º. do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, foi sancionada a Lei 11.340/06, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Pretende-se neste trabalho expor as primeiras observações críticas e perplexidades ocasionadas pelo teor do texto que ora vem a lume.

Não há dúvida de que o texto aprovado constitui um avanço para a sociedade brasileira, representando um marco considerável na história da proteção legal conferida às mulheres. Entretanto, não deixa de conter alguns aspectos que podem gerar dúvidas na aplicação e, até mesmo, opções que revelam uma formulação legal afastada da melhor técnica e das mais adiantadas orientações criminológicas e de política criminal.

Serão abordados três temas que parecem mais pungentes:

- 1) A menção legal a uma suposta regulamentação de "renúncia ao direito de representação".
- 2) Inovações da lei em relação à ação penal nos casos de lesões corporais leves.
- 3) Criação de uma nova hipótese de decreto de prisão preventiva.

2 – RENÚNCIA AO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Estabelece o artigo 16 da Lei 11.340/06 que "nas ações penais públicas condicionadas a 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".

Uma primeira interpretação desse dispositivo pode levar à seguinte conclusão: a partir de agora, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, desde o procedimento policial até o oferecimento da denúncia, as Autoridades Policiais e o Ministério Público agiriam de ofício, prescindindo da manifestação da ofendida, mesmo em casos de ação penal pública condicionada a representação. Ainda que haja manifestação da ofendida, afirmando não pretender representar contra o suspeito, tal não produziria qualquer efeito jurídico, devendo, mesmo assim, procederem as Autoridades Policiais às apurações do caso e o Ministério Público formular sua denúncia, já que à vítima somente seria dado abrir mão da representação em momento posterior perante o Juiz em audiência específica. Seria como se o exercício do direito de representação da vítima e a condição de procedibilidade estivessem em suspenso para serem exercitados e exigidos em momento posterior. Teria se operado, por força do art. 16 da Lei 11.340/06, uma derrogação tácita dos artigos 5º., § 4º. e 24, ambos do Código de Processo Penal.

Na esteira dessa interpretação deve-se atentar para o fato de que, na verdade, o efetivo exercício do direito de representação somente ocorreria na referida audiência especial perante o Juiz, uma vez que qualquer manifestação anterior da ofendida seria inócua. Dessa forma, a única solução seria entender que também o prazo decadencial a que se refere o artigo 38, CPP, somente passaria a correr a partir da sobredita audiência. Note-se que isso praticamente equivale a eliminar a decadência como causa extintiva de punibilidade nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 107, IV, CP). Senão vejamos:

Ocorrido e noticiado um crime de violência doméstica ou familiar contra a mulher, cuja ação penal seja pública condicionada a representação, independentemente da manifestação da ofendida, seria instaurado o respectivo Inquérito Policial^[01], o qual, relatado e enviado a juízo, seria apresentado ao Ministério Público, que também ofertaria a denúncia de ofício. Dessa maneira, a lei teria fechado as portas ao efetivo exercício pela vítima de seu direito de representação, sendo impensável que pudesse transcorrer o respectivo prazo decadencial. Ofertada a denúncia, deveria o Juiz, antes de deliberar sobre seu recebimento, designar a audiência especial a que se refere o artigo 16 da Lei 11.340/06. Somente nessa audiência a vítima poderia dizer efetivamente se deseja ou não ofertar sua representação. Representando e sendo a denúncia recebida, elidida estaria eventual decadência e nem mesmo poder-se-ia falar em retratação (art. 25, CPP) posterior.^[02] Também a "renúncia" estaria obstada por força da dicção do artigo 16 da lei ora comentada que estabelece que tal instituto somente possa operar-se "antes do recebimento da denúncia". Por outro caminho, se houvesse "renúncia" do direito de representação na

audiência em estudo, extinta estaria a punibilidade do autor do crime por esse instituto e não pela decadência.

De acordo com essa interpretação, haveria uma nova sistemática para o exercício do direito de representação nos casos de crimes perpetrados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, desconstruindo tradicionais institutos de Direito Penal e Processo Penal.

Entretanto, não é possível aceitar ma tal interpretação porque ela não somente desconstrói tradições para erigir um novo sistema, mas verdadeiramente implode todo o sistema com uma atecnia assustadora. Tão assustadora que no seu afã de proteger as mulheres acaba cerceando-lhes direitos e burocratizando os procedimentos que pretende agilizar.

O primeiro ponto crítico está na menção pelo legislador de uma suposta "renúncia à representação". Isso porque tal instituto simplesmente não existe em nosso Processo Penal! Será que o legislador, no bojo de um texto legal que pretende reprimir os violentadores de mulheres, teria laborado para criar uma nova causa extintiva de punibilidade para eles antes inexistente?

A renúncia é instituto que está ligado somente às ações penais privadas, não sendo prevista para as ações penais públicas de qualquer espécie. Quando alguém manifesta o desejo de não representar contra algum suspeito, não se opera a "renúncia". O ofendido simplesmente deixou de exercer seu direito de representação naquele momento, podendo exercê-lo a qualquer tempo dentro do prazo decadencial (art. 38, CPP), desde que considere oportuno.

A única exceção a esta sistemática encontra-se na Lei 9099/95, que estabelece em seu artigo 74, Parágrafo Único, que a composição de danos civis homologada "acarreta *renúncia* ao direito de queixa ou *representação*".

Note-se que a Lei 9099/95 institui um procedimento inovador, realmente criando institutos revolucionários e instituindo até mesmo um novo modelo de Justiça que passa de uma concepção impositiva para outra que se convencionou chamar de "consensuada". Nesse contexto não seria racional a perplexidade ou a resistência ao novo instituto, já que a devida aplicação e interpretação da Lei 9099/95 requer, em sua raiz, um novo olhar. A tentativa de interpretar e criticar os dispositivos da Lei 9099/95 com vistas ao ordenamento comum e à tradição do Direito Penal e Processual Penal pátrios, somente deturparia e inviabilizaria sua adequada aplicação.

O mesmo raciocínio não se aplica ao artigo 16 da Lei 11.340/06, considerando que não cria um caso específico e excepcional de "renúncia ao direito de representação" nos moldes da Lei 9099/95, mas refere-se ao suposto instituto como algo previamente existente e fartamente conhecido. É incrível a naturalidade com que o legislador se refere a essa suposta "renúncia ao direito de representação", chegando a lembrar a figura de um esquizofrênico em surto que também fala com naturalidade das perseguições de extraterrestres e das vozes que lhe dão ordens constantemente!

Até o reconhecimento da extinção de punibilidade pelo Juiz em tais casos restaria despedido de base legal. Como já destacado, o artigo 16 da Lei 11.340/06 não cria um novo instituto, uma nova causa extintiva de punibilidade, como faz o artigo 74, Parágrafo Único, da Lei 9099/95. Apenas menciona aquilo que denomina de "renúncia à representação". Age como se o instituto fosse pré – existente, o que conflita com a realidade do ordenamento jurídico. Nem mesmo no artigo 107, CP, há qualquer referência à renúncia como causa extintiva de punibilidade nos casos de ações penais públicas condicionadas, mas tão somente para as ações penais privadas (art. 107, V, CP). Com base em que norma o Juiz declararia extinta a punibilidade do agente? Tendo em vista que mandamento retiraria da ofendida o direito ao escoamento de seu prazo decadencial legalmente estabelecido pelo artigo 38, CPP?

Nem mesmo tendo em vista o instituto da renúncia ao direito de queixa, reconhecido indubitavelmente nos casos de ações penais privadas, teria sustentação o disposto no artigo 16 da Lei 11.340/06. Isso porque, de acordo com tal norma, a renúncia ocorreria "antes do recebimento da denúncia", concluindo-se que no intervalo entre o seu oferecimento e o seu recebimento. "Mutatis mutandis", ainda que se referisse o dispositivo às ações privadas, seria inviável falar em "renúncia" após o oferecimento da queixa, podendo-se somente cogitar de eventuais perempção ou perdão do ofendido. A renúncia somente pode operar-se antes da oferta da peça acusatória.^[03]

No interior da própria Lei 11.340/06 encontra-se contradição com o seu artigo 16 no artigo 12, I, que manda a Autoridade Policial colher a representação da ofendida, se apresentada. Pergunta-se: que utilidade teria esse procedimento se a oferta ou não da representação seria inócua nessa fase?

Imagine-se um caso de prisão em flagrante no qual a mulher tenha afirmado não desejar representar. Mesmo assim, a Autoridade Policial formalizaria a prisão. Considere-se que, naquele caso concreto, o autor do crime não fizesse jus à fiança ou não pudesse satisfazê-la por qualquer motivo. Ofertada a denúncia e designada a audiência do artigo 16 da lei enfocada, a mulher confirmaria seu desinteresse pela ação penal, operando-se a suposta "renúncia". Resultado: o Estado por meio de seus órgãos (Polícia, Ministério Público e Judiciário) teria se mobilizado sem justa causa. E o pior, alguém teria sido recolhido ao cárcere inutilmente!

Nem mesmo a interpretação de que o legislador teria se equivocado e, onde pretendia dizer "retratação" acabou dizendo "renúncia", seria capaz de pôr termo aos problemas. Se assim fosse o artigo 16 da Lei 11.340/06 também seria inaplicável. Se a tal "renúncia" (leia-se "retratação") perante o Juiz deve ser realizada em audiência especial no intervalo entre o oferecimento e o recebimento da denúncia, resta claro que a pela acusatória já foi ofertada. Isso inviabiliza a retratação de acordo com o artigo 25, CPP, que só a permite até o oferecimento da denúncia.

Eventualmente, poder-se-ia sustentar que o legislador, embora de forma terminologicamente equivocada, teria inovado a respeito da retratação nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim sendo, teria dilatado nesses casos o tempo oportuno para a retratação, alongando-o até "antes do recebimento da denúncia".

Esta parece ser "a melhor das piores opções". Nos casos de violência doméstica contra a mulher, derogado o artigo 25, CPP, para alongar o tempo para a retratação (jamais "renúncia"), teria o legislador criado uma nova formalidade processual antes do recebimento da denúncia, qual seja, a oitiva da vítima para que se manifeste quanto a eventual retratação da representação anteriormente ofertada. Já nas fases anteriores (pré – processuais), mantida estaria a sistemática tradicional da necessidade de satisfação da "condição de procedibilidade" tanto para a instauração do Inquérito Policial, quanto para o oferecimento da denúncia.

Muito embora esta pareça ser a melhor exegese do dispositivo sob comento, ela entra em conflito com o espírito da Lei 11.340/06, pois cria uma formalidade estéril que antes não existia, para o seguimento de uma ação penal com denúncia já formulada, atrasando inutilmente o procedimento e configurando uma certa insistência na proposta de que a vítima abra mão de seu direito de representação já exercitado e mantido até aquela fase.

Por isso, embora a lei seja silente nesse aspecto, entende-se que o melhor seria que tal audiência somente fosse designada excepcionalmente em caso de requerimento da ofendida ou a fim de confirmar sua retratação espontânea e anteriormente operada no curso do Inquérito Policial.

3 - INOVAÇÕES DA LEI 11.340/06 REFERENTES À AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES

Tradicionalmente o crime de lesões corporais tem sido processado por meio de ação penal pública incondicionada, independentemente da gravidade dos ferimentos. Não obstante, com a edição da Lei 9099/95, a ação penal nos casos de lesões leves e culposas passou a ser pública condicionada a representação, de acordo com o disposto no artigo 88 do referido diploma. Dessa maneira, desenhou-se o seguinte quadro no que tange à ação penal nos crimes de lesões corporais: havendo lesões graves, gravíssimas e seguidas de morte (art. 129, §§ 1º. a 3º., CP) a ação seria pública incondicionada. Porém, em ocorrendo lesões leves (art. 129, "caput", CP) ou lesões culposas (neste caso independentemente da gravidade – art. 129, § 6º., CP ou art. 303, CTB), a ação penal seria pública condicionada a representação.

Com o advento da Lei 10.886/04, que acrescentou o § 9º. ao artigo 129, CP, criando uma nova hipótese típica para os casos de "violência doméstica", inclusive com apenação autônoma, cogitou-se a possibilidade de que houvera uma alteração quanto à ação penal, qual seja, a de que, com a criação da nova figura típica, a ação penal teria passado a ser novamente incondicionada, uma vez que a nova lei não chegou a tratar da questão da ação penal, voltando a ser aplicável a regra do artigo 100, CP, determinante de que no caso de silêncio da lei a ação é pública incondicionada.

Analizando a questão de forma sistemática e ampla, abordando não somente o enfoque legal, mas também os diversos aspectos criminológicos, vitimológicos, sociológicos e de política criminal envolvidos, chegou-se alhures à conclusão de que, na verdade, a ação penal não teria sofrido alteração em face da Lei 10.886/04.^[04] Quando o quadro parecia estabilizado, eis que surge no cenário a Lei 11.340/06, apelidada de "Lei Maria da Penha", trazendo em seu bojo inovações no trato legal da violência doméstica e familiar contra a mulher.^[05]

Uma das determinações contidas nesse diploma legal é a de que, nos termos de seu artigo 41, "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9099, de 26 de setembro de 1995".

Face a isso, parece irretorquível que a partir da vigência da Lei 11.340/06 retornou a ação penal a ser pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leves, desde que perpetradas no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque não é no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para as lesões leves em geral, e sim no artigo 88 da Lei 9099/95. O raciocínio é simples: se a Lei 9099/95 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inexistindo qualquer ressalva, conclui-se que não se aplica por inteiro, inclusive o seu artigo 88, de forma que no silêncio do Código Penal, reintegra-se a regência do artigo 100, CP, que impõe a ação penal pública incondicionada.

Altera-se agora a sistemática nos seguintes termos:

a) Em casos de lesões corporais dolosas graves, gravíssimas e seguidas de morte, a ação penal continua como sempre pública incondicionada, independentemente da condição da vítima.

b) Ocorrendo lesões corporais culposas (de qualquer natureza), a ação penal continua sendo pública condicionada a representação, nos termos do art. 88 da Lei 9099/95, independentemente da condição da vítima.

c) Ocorrendo lesões corporais dolosas leves, não importando a condição da vítima (homem ou mulher), desde que não classificáveis como "violência doméstica ou familiar" de acordo com os ditames da Lei 11.340/06, a ação penal continua sendo pública condicionada a representação por força do artigo 88 da Lei 9099/95.

d) Tratando-se de lesões corporais dolosas leves classificáveis como "violência doméstica e familiar", mas perpetradas contra homens, permanece a ação penal pública condicionada (art. 88 da Lei 9099/95).

e) Finalmente, acontecendo lesões dolosas leves contra "mulher" no contexto de "violência doméstica ou familiar", passou a ação penal a ser pública incondicionada, vez que o art. 88 da Lei 9099/95 teve vedada sua aplicação a esses casos na forma do art. 41 da Lei 11.340/06.

Essa mudança revela o acatamento de manifestações críticas quanto à banalização que teria ocorrido com os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher pela aplicação da Lei 9099/95 e pelo condicionamento da ação penal.

Por esse caminho trilha Alice Bianchini ao sustentar que "se, por um lado, merece louvor a iniciativa do legislador, (...), acenando para a despenalização e instituindo o princípio da oportunidade, nestes casos, não se pode olvidar que a norma em análise culminou por abranger situações que, nos dias de hoje, são causa de enorme agastamento social". Destaca a autora a inconveniência da aplicação dos institutos da Lei 9099/95 aos casos de violência doméstica. Em seu entendimento, o abrandado tratamento revelaria uma verdadeira tolerância e até conivência com tais práticas, chegando, ainda que indiretamente, a torná-las legítimas.^[06]

Assumindo o risco de ir contra os anseios de respeitáveis seguimentos sociais, inclusive de movimentos relacionados à defesa dos Direitos das Mulheres, é inevitável manifestar o desacerto dessa opção legislativa.

A postura que se mostra na alteração legislativa, operando um retrocesso no tema da ação penal nos casos de lesões leves, é contaminada por uma concepção irracional do Direito Penal como única solução para todas as espécies de conflitos sociais e interpessoais. Alimenta a conformação de um "Direito Penal Simbólico" como suposta solução para quaisquer problemas sociais^[07], fomentando a crença de que tudo se resolve com leis penais rigorosas, desde a proteção à vida até o bom andamento da economia.^[08]

Não se advoga a tese do afastamento do poder repressivo e coercitivo do Direito Penal nos casos de violência doméstica contra a mulher, mas isso não justifica a indevida e anacrônica subtração do conflito da vítima pelo Estado, desprezando suas expectativas, sentimentos e interesses em nome de uma suposta proteção ou tutela. Muito mais "tutela" do que proteção, na medida em que certas vítimas (no caso, as mulheres) parecem ser consideradas, como outrora já ocorreu, verdadeiras incapazes.

Ademais, deve-se ter em mente que um direito apartado de bases reais flutua na abstração e se torna um instrumento inútil, tal qual alerta há tempos Miguel Reale ao asseverar que "o Direito, como tudo que existe em razão do homem e para reger comportamentos humanos, está imerso no mundo da vida ('Lebenswelt')".^[09] Foi por isso que outrora constatou-se que a ação penal pública incondicionada naufragava frente ao desinteresse da vítima que ocasionava terrível prejuízo probatório e distorção na aplicação da lei. Percebeu-se que não se pode esquecer que os conflitos domésticos são muito mais complexos do que a simplista e maniqueísta divisão entre agressor e vítima, comportando relevantes aspectos afetivos e emocionais que não podem ser desconsiderados nem obliterados por alguma magia legal.

Em percuciente trabalho de pesquisa, Wânia Pasinato Izumino demonstra que a imposição da ação penal pública incondicionada pela lei nos casos de violência doméstica e familiar jamais teve o condão de impedir a atuação, até preponderante, de fatores extralegais na conformação das práticas e decisões judiciais de casos concretos.^[10] A criminalização primária erigida de forma publicista pura não garante, por si só, uma correspondente criminalização secundária.

Na realidade, o destino das mulheres vitimizadas está nas mãos delas próprias. A aplicação de mecanismos repressivos aos agressores com eficácia depende muito mais da consciência das próprias mulheres do que da rigidez na forma da ação penal. A norma que amarra as vítimas na ação pública incondicionada retira-lhes a dignidade de seres humanos capazes de conduzir o próprio destino, transformando-as em tuteladas de segunda classe.

Neste ponto é oportuno destacar que a Lei 11.340/06 atribui à mulher um tratamento diferenciado, promovendo sua proteção de forma especial em cumprimento a diretrizes constitucionais e de convenções

internacionais.^[11] Promove assim uma chamada "discriminação positiva" amplamente justificável.^[12]

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

Parece que este ponto pode ensejar uma sobrevida para a continuidade da aplicação do art. 88 da Lei 9099/95, mesmo aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher em que resultem lesões leves, inobstante a regra do art. 41 da Lei 11.340/06, considerando que outra interpretação conduziria à inconstitucionalidade por violação do Princípio Isonômico. Indo ainda um pouco adiante, pode-se considerar que toda vedação de aplicação da Lei 9099/95 somente para os casos de violência doméstica e familiar "contra a mulher" seria inconstitucional sob o mesmo fundamento. Ora, se é um absurdo que a violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto reconhecida internacionalmente como "violação dos direitos humanos", seja considerada uma infração de "menor potencial ofensivo"^[13], por que não o seria a mesma violação nos casos dos idosos, das crianças e dos adolescentes do sexo masculino?

As questões são sem dúvida polêmicas e somente o tempo dirá como serão solucionadas pela doutrina e pela jurisprudência. Reconhecer-se-á a inconstitucionalidade total ou parcial do art. 41 da Lei 11.340/06? Será ele aplicado normalmente sem maiores questionamentos? Só mesmo o tempo trará respostas. Inobstante, consigne-se que melhor teria sido o legislador optar pelo afastamento definitivo da Lei 9099/95 de todos os casos em que deve incidir a chamada "discriminação positiva" e que versem sobre graves violações de direitos humanos, eliminando incongruências como as da ampliação da pena máxima para quatro anos para aplicação da Lei 9099/95 aos casos de crimes previstos no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03 – art. 94); assim também, por exemplo, a abrangência de casos de maus – tratos (art. 136, CP) pelo conceito de infração de menor potencial, ainda quando praticados contra crianças e adolescentes. De outra banda, bem menor andaria o legislador se mantivesse a ação penal pública condicionada para todos os casos de lesões leves, evitando o retrocesso a um sistema penal que despreza os interesses da vítima, tratando-a como simples objeto no Processo Penal.

4 – UMA NOVA HIPÓTESE DE PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 20 da Lei 11.340/06 reza que "em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial". Até aqui nada de novo, já que tal dispositivo nada mais faz do que reproduzir a dicção do artigo 311, CPP.

Acontece que, normalmente, o decreto de prisão provisória estaria atrelado tão somente aos requisitos e fundamentos dispostos nos artigos 312 a 316, CPP. A alteração legislativa relevante opera-se no artigo 42 da Lei 11.340/06 que acrescenta o inciso IV no artigo 313, CPP, criando uma nova hipótese de custódia preventiva "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".

O dispositivo é providencial, constituindo-se em um utilíssimo instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas pela novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercivo da Prisão Preventiva por ausência de sustentação nos motivos elencados no artigo 312, CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no artigo 313, CPP.

É claro que deverão ser satisfeitos os requisitos do artigo 312, CPP, normalmente também nesses casos (prova do crime e indícios suficientes de autoria). O legislador apenas acrescentou mais uma hipótese criminal de cabimento do decreto extremo no artigo 313, CPP (casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher, independente dos demais incisos do dispositivo) e também criou mais uma motivação ou fundamento, agora situado fora do artigo 312, CPP, abrigado no inciso IV do artigo 313 do mesmo diploma, qual seja, "para garantir a execução das medidas protetivas de urgência". Estas, por seu turno, são aquelas elencadas nos artigos 22 a 24 da Lei 11.340/06.

A utilidade dessa inovação é cristalina. Basta, para exemplificar, destacar a inocuidade da medida protetiva de urgência de proibição ao agressor de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite mínimo de distância entre estes e o agressor (art. 22, III, "a", da Lei 11.340/06). Tal determinação judicial desprovida de um instrumento coercitivo rigoroso não passaria de formalidade estéril a desacreditar a própria Justiça.

Finalmente, também é destacável o regramento do artigo 21 da lei comentada. Determina a normativa que a ofendida seja "notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão". Isso revela uma louvável preocupação do legislador com a

segurança pessoal da mulher vitimizada, que não deve ser surpreendida pelo seu algoz liberado da prisão e revoltado com suas denúncias. Traduz um verdadeiro progresso da legislação rumo à reintegração da vítima e de seus interesses ao universo do Processo Penal, de onde permaneceu alijada por muito tempo.

5- CONCLUSÃO

Embora sejam visíveis vários pontos criticáveis na legislação comentada, especialmente sob o enfoque técnico – jurídico, criminológico e de política criminal, tornando sua interpretação aplicação futuras uma verdadeira aventura para os operadores do Direito e um desafio enorme para os estudiosos e estudantes, deve-se louvar a iniciativa de ao menos ter a intenção de efetivar o cumprimento de normativas constitucionais e internacionais que apontam para a necessidade do enfrentamento do tema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com o tempo e a experiência os institutos e normas jurídicas poderão ser aperfeiçoados e aplicados da melhor forma possível, no interesse das mulheres vitimizadas e de toda a sociedade.

Oxalá as normas programáticas inseridas na nova legislação saiam do papel e sejam realmente adotadas medidas protetivas às mulheres vitimizadas, as quais já tardam bastante, não só em relação a elas como a outros seguimentos sociais carentes de apoio como os idosos e as crianças e adolescentes.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. In: www.jus.com.br, em 08.08.2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, COUTO JÚNIOR, Osmir Pires. A ação penal nos casos de violência doméstica. In: www.ibccrim.org.br, em 15.12.2004.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Trad. Luiz Flávio Gomes. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002.

FARIA JÚNIOR, César de. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. n. 4, jul./set., p. 114 – 121, 1993.

FRANCO, Alberto Silva "et al.". *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª. ed. São Paulo: RT, 1995.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Justiça Criminal e violência contra a mulher: o papel da Justiça na solução dos conflitos de gêneros. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: n. 18, abr./jun., p. 147 – 170, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTAS

⁰¹ Jamais Termo Circunstanciado, tendo em vista o disposto no artigo 41 da Lei 11.340/06.

⁰² O dispositivo (art. 25, CPP) somente admite a retratação da representação antes de oferecida a denúncia.

⁰³ FRANCO, Alberto Silva, "et al.". *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 1217.

⁰⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos, COUTO JÚNIOR, Osmir Pires. A ação penal nos casos de violência doméstica. In: www.ibccrim.org.br, em 15.12.2004.

⁰⁵ ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. In: www.jus.com.br, em 08.08.2006.

⁰⁶ Apud, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 258.

⁰⁷ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Trad. Luiz Flávio Gomes. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 94.

⁰⁸ SPOLANSKY, Norberto, apud, FARIA JÚNIOR, César de. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. n. 4, jul./set., 1993, p. 115.

⁰⁹ *Teoria tridimensional do Direito*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 101.

¹⁰ Justiça Criminal e violência contra a mulher: o papel da Justiça na solução dos conflitos de gêneros. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: n. 18, abr./jun., 1997, p. 147 – 170.

¹¹ Artigo 226, § 8º., CF; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

¹² ALVES, Fabrício da Mota. Op. Cit., p. 9.

¹³ Op. Cit., p. 5.

Hermenêutica Constitucional e Princípio da Isonomia

Marcelo Viveiros Cajueiro*

Site: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16526/16090>>

O estudo do princípio da isonomia é imprescindível face às mutações que permeiam a ciência constitucional e aos novos anseios da sociedade brasileira e mundial neste limiar do século XXI.

O princípio supra-epigrafado tem como escopo a periclitância dos privilégios de classe, crença, origem. Ademais, tem gênese no Brasil com a primeira constituição republicana em seu artigo 72 ‘ todos são iguais perante a lei’.

Outrossim, o presente trabalho tem como desiderato precípuo a avaliação da eficácia desse princípio na promoção da igualdade de fato, da igualdade material e não apenas da igualdade do liberalismo individualista e formalista. Logo, faz-se uma análise percuciente da Constituição de 1988 com a intenção de elucidar o espírito do princípio da isonomia e sua consonância com a Nova Hermenêutica e o Pós –Positivismo.

Tendo como espeque as teses supracitadas, analisar-se-á o princípio da igualdade sob as lentes do Diploma Magno conjugado com a doutrina pós-positivista e na última parte do trabalho é realizado um amálgama do tema tratado com as questões hodiernas que têm como fulcro o princípio em tela.

Princípio da Isonomia

A Constituição da República de 1988 consagra o referido princípio, expressamente, no caput do artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Ademais, o diploma magno labuta em prol da igualdade dos desiguais criando desigualdades, ou seja, por meio de alguns dispositivos promove uma aparente injustiça/desigualdade para administrar o princípio da isonomia. Por outras palavras, a Constituição da República trata desigualmente os desiguais com o fito de torná-los iguais de fato. Um exemplo claro disso está explícito na Lei Maior em seu artigo 5º, inciso I, quando iguala formalmente os integrantes do sexo masculino e feminino no que tange aos direitos e obrigações.

No dicionário Aurélio igualdade é definida como qualidade ou estado de igual; expressão de uma relação entre seres matemáticos iguais. Como a Ciência do Direito é dirigida à sociedade, faz-se opção pela primeira definição.

Há várias concepções filosóficas para definir e legitimar a igualdade, dentre as quais menciona-se: o idealismo, a teoria da igualdade pelo nascimento e o realismo. Os idealistas sustentam que a igualdade é ínsita aos homens. Isto é, o ser, em sentido lato, é detém a igualdade. Por outro prisma, a teoria da igualdade pelo nascimento prega a existência da isonomia em razão da condição de nascimento, ou seja, os indivíduos nascem iguais e desiguais. Para os realistas a igualdade é um bem atribuído a todo homem, a toda pessoa humana. Todavia, reconhecem a existência das desigualdades sociais, políticas, econômicas que obliteram a consubstanciação da isonomia de fato. Por outro lado é louvável a desigualdade natural, isto é, a diferença, a alteridade, o diferente. Esse mosaico que é o Brasil, com sua diversidade cultural, étnica e lingüística, contribui para o desenvolvimento da Democracia e corrobora o pluralismo preconizado pelo Diploma Magno. No entanto, tem-se que admoestar a desigualdade econômica, racial, sexual e social que vigora na sociedade brasileira ou como diz Marilena Chaui “Periodicamente os brasileiros afirmam que vivemos numa democracia, depois de concluída uma fase de autoritarismo. Por democracia entendem a existência de eleições, de partidos políticos e da divisão republicana dos três poderes, além da liberdade de pensamento e de expressão... essa visão é cega para algo profundo na sociedade brasileira: o autoritarismo social. Nossa sociedade é autoritária porque é hierárquica, pois divide as pessoas, em qualquer circunstância, em inferiores, que devem obedecer, e, superiores, que devem mandar. Não há percepção nem prática da igualdade como um direito. Nossa sociedade é autoritária porque é violenta: nela vigoram racismo, machismo, discriminação religiosa e de classe social, desigualdades econômicas das maiores do mundo, exclusões culturais e políticas”(página 435, Convite à Filosofia. Editora Ática, São Paulo, 2002).

Com a reflexão da insigne autora, infere-se os óbices ao Estado social, aos Direitos sociais, ao Constitucionalismo Dirigente que retratam a ideologia neoliberal. Com isso, é de grande relevância a questão da concretização da Isonomia frente às políticas implementadas com fulcro naquela concepção de sociedade.

Mas até o momento, discuti-se o princípio da igualdade e o mesmo não fora

definido. Por isso define-se a igualdade ou isonomia como um bem jurídico inalienável, imprescritível e tem como fim o tratamento igualitário de um indivíduo, uma coletividade ou uma etnia perante um Estado, uma Organização Privada ou Internacional e também diante dos outros indivíduos. Entretanto, é salutar perquirir o verdadeiro sentido da igualdade, pois o que se almeja é um tratamento igualitário que vá além daquela forma liberal que embasou a Velha Hermenêutica Constitucional. Esta interpreta o princípio da igualdade de modo extremamente formal e individualista em dicotomia às elucubrações da Nova Hermenêutica Constitucional. Enfim, pode-se dizer que o princípio da igualdade é um dos pilares em que a Revolução de 1789 sustentou-se. E esta erigiu um cânone constitucional adequado para conter o poder absoluto, mas que não medra mais, pois se mostra anacrônico em face dos anseios que a humanidade rogava no século XIX e no início do século XX. Logo, emerge um novo constitucionalismo, como foi em 1917 no México e em 1919 na Alemanha, que proporcionará novo viés ao princípio da isonomia.

Hermenêutica Clássica

Antes de tecer considerações entre o princípio da isonomia e a velha hermenêutica é crucial a definição desta última. Isto, em virtude da extrema conexão entre a concepção de isonomia e o cânone de interpretação que norteia a Ciência do Direito no Estado Liberal.

O Constitucionalismo surge como a efígie dos anseios de uma classe e de uma época. Isto é, emerge com o desiderato de conter o poder absoluto do Estado frente ao pleno desenvolvimento das atividades mercantis. Estas eram obliteradas pelo autoritarismo, pela insegurança jurídica, pelo arbítrio que estava em voga naquele período histórico. Com isso, o constitucionalismo é erigido com fulcro nos ideais burgueses de sociedade, economia e Estado. Logo, percebe-se que as Cartas Magnas que vão surgindo, sobretudo contemporaneamente à Revolução Francesa, são um corolário óbvio de um paradigma burguês de direito.

Destarte, é ínsito a todo Diploma Magno posterior ao movimento de 1789, a instituição de certas categorias em seus textos. É unânime, a aceção de que a Divisão dos poderes e a designação de competências primordiais do Estado foram os principais arautos do Estado Liberal de Direito. Este, com a adoção dessas diretrizes políticojurídicas, tinha o fito de garantir a manutenção da hegemonia política da burguesia diante dos movimentos de restauração monárquica. Enfim, medrava-se a Constituição Garantia, ou seja, um constitucionalismo focado no formalismo e na atribuição de crédito ao Direito Liberal e batizado pela falaciosa neutralidade.

Posteriormente, Savigny dá ensejo ao movimento codificador em razão da sua atribuição de cientificidade ao Direito e a admoestação que dirigia à perenidade na ciência do Direito. Nesta época, os Códigos e principalmente o Código Civil possuíam primazia frente às Cartas Magnas. Estas eram para os positivistas meros documentos políticos com pequenos laivos de concretude jurídica strictu sensu, isto é, às disposições constitucionais não era atribuído normatividade como nos códigos e compilações. Em outras palavras, na Clássica Hermenêutica as disposições constitucionais eram interpretadas como programas, diretrizes, orientações, que deveriam garantir direitos individuais e servir de inspiração ao poder legífero ordinário.

Concomitantemente ao Constitucionalismo liberal nasce um cânone de interpretação, das normas Jurídicas, calcado em métodos peculiares de hermenêutica. Nesse padrão de interpretação, observa-se um apego extremo do intérprete ao texto legal, pois nenhuma valoração ou interpretação extrínseca era consentida, pois o princípio da segurança jurídica seria conspurcado. Ademais, é defeso as interpretações autênticas e também a interpretação conforme aos outros diplomas legais, pois essas é que devem ser apreciadas conforme a lei maior e não o inverso.

Nesse diapasão, Savigny, o mentor da escola histórica do Direito, formula métodos clássicos de interpretação, que são: o gramatical, o histórico, o lógico, o sistemático e a posteriori o teleológico.

Os métodos da hermenêutica clássica

O método gramatical, literal, lingüístico, filológico foi pioneiro. Tem-se nesse método o limiar da hermenêutica clássica, pois se buscava o significado do texto da lei, das palavras que a compunham. O sentido estrito, técnico prevalecia nessa senda interpretativa.

A interpretação lógica move-se em um ambiente mais subjetivo, utilizando meios mais sofisticados de indagação, pois remonta ao espírito, ao âmago da disposição normativa. Inferindo desta os fatores racionais que a inspiraram, da gênese histórica que liga uma norma às leis anteriores.

O método histórico visa refletir sobre a época, as circunstâncias do tempo histórico em que se erige a lei. Partindo-se daquele como norte se reflete acerca desta levando-se em consideração os fatos sociais, econômicos, políticos, culturais do período em que a lei foi criada.

No método sistemático, a norma é analisada como parte de um todo orgânico e imbricado. Neste método a norma faz parte de um sistema e não poderá ser interpretada de maneira atomizada, desconexa do sistema. Por fim, o método teleológico persegue a descoberta da finalidade da norma e os objetivos que orientaram o Poder Legífero ao criar uma Lei.

Princípio da Isonomia e Crepúsculo da Hermenêutica Clássica

Discorreu-se sobre o surgimento do Estado Burguês de Direito e concomitante a ele o desenvolvimento da Hermenêutica Clássica, o primeiro movimento do Constitucionalismo Garantia. Porém, urge a exposição da relação entre a concepção de igualdade na velha hermenêutica e a transição desta para a nova hermenêutica.

O que é igualdade para a burguesia? O que é igualdade para o liberalismo? O que é igualdade no Constitucionalismo Garantia?

Os direitos de primeira geração, entre eles o da igualdade, tiveram tratamento extremamente formalista quando apreciados sob o prisma da escola positiva do Direito. Esta tinha como objeto de estudo o texto “frio” da lei. Isto é a Clássica Hermenêutica não fazia nenhuma interpretação valorativa. Com isso, o ângulo no qual era visto o princípio da igualdade era por demais distante da realidade social e política. Os cidadãos eram iguais, teoricamente, mas não de fato perante a lei. Essa tese é corroborada pelo fosso criado pelo liberalismo individualista, entre detentores ou não do poder econômico. Com o avanço do Capitalismo e após a Revolução Francesa e a Formação dos Grandes Estados Nacionais, observa-se em paralelo um aumento da concentração de renda esfera global. De um lado a burguesia industrial enriquecendo com o aumento do comércio internacional e com a invenção de novas tecnologias e de outro lado uma classe trabalhadora depauperada, usurpada, alienada pela força do livre mercado. Portanto, a igualdade perante a lei, nessas condições, era uma retórica do capital para escamotear as explícitas contradições sociais que o Capitalismo criara. Será que existia isonomia entre a negociação, entre trabalhadores e empregadores, na estipulação do salário e da jornada de trabalho? Será que existia Isonomia numa licitação pública quando um grande capitalista disputava com um remanescente artesão a realização de uma obra pública? É evidente que as respostas serão negativas, pois se nota uma desigualdade teratológica numa época em que era sustentada a igualdade de direito.

Ademais, além de ferir o princípio da isonomia, as condições existenciais do Estado Liberal eram tão mordazes que maculavam até o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Porque o próprio Estado e seus direitos de primeira geração foram colocados em xeque, ou seja, “o tratamento dispensado às mulheres e m nada ficava a dever ao que recebiam as crianças. Para elas também o trabalho na fábrica era longo, árduo e monótono, e a disciplina extremamente severa. Muitas vezes, o preço do emprego era a submissão à cupidez dos empregadores ou capatazes. Nas minas, as mulheres mourejavam catorze a dezesseis horas por dia nuas da cintura para cima, trabalhando junto com os homens e executando as mesmas tarefas que eles. Era comum as mulheres saírem das minas para dar à luz e retornar alguns dias após o parto. Muitos relatórios da época descrevem as condições altamente cruéis e desumanas em que trabalhavam as mulheres. E, é claro, as condições de trabalho dos homens também não eram muito melhores que as das mulheres e crianças.”(ECONOMICS- Introdução to Traditional and radical views ou História do Pensamento Econômico(Título traduzido para a Língua Portuguesa por Jaime Larry Benchimol – História do Pensamento Econômico) de autoria de E. K. Hunt & Howard J. Sherman. Editora Vozes Limitada, 19ª Edição, 2000, Petrópolis, Rio de Janeiro.

Desse modo, como preconiza o professor José Afonso da Silva(2004, pág. 215), “o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta

as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador” (Silva, José Afonso da, 1998, p.219).

Princípio da Isonomia à Luz da Nova Hermenêutica

A moderna doutrina preconiza a utilização de mecanismos de interpretação constitucional que diferem dos cânones clássicos. Isto é, os postulados da Escola Histórica do Direito mostram-se inadequados à ciência da hermenêutica constitucional. Tais mecanismos seriam decodificados pela Nova Hermenêutica, centrada nas searas constitucional e dos direitos fundamentais. Isso se materializa com a adoção de ferramentas jurídicas inovadoras, como: o princípio da proporcionalidade, o princípio da concretização da constituição e a pré-compreensão. Ademais é necessário a utilização dos princípios e valores pois como se sabe são imprescindíveis à nova hermenêutica e como defende Paulo Bonavides “ são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo” (Curso de Direito Constitucional, 1998, página 259, Editora Malheiros – São Paulo).

Tais mecanismos seriam decodificados pela Nova Hermenêutica, centrada nas searas constitucional e dos direitos fundamentais. Isso se materializa com a adoção de ferramentas jurídicas inovadoras, como: o princípio da proporcionalidade, o princípio da concretização da constituição e a pré-compreensão. Ademais, é necessário a utilização dos princípios, pois como se sabe são imprescindíveis à nova hermenêutica e como defende o laureado Paulo Bonavides “ formam o tecido material e o substrato estrutural já da Constituição”. Com isso, almeja-se a elucidação do significado hodierno de igualdade com a legitimidade de um novo e sensível paradigma de interpretação.

O constitucionalismo encontra-se numa fase de supremacia jurídica frente aos outros diplomas legais. Isto é, sabe-se que outrora a doutrina majoritária do Direito Constitucional atribuía uma feição programática, antinormativa às disposições contidas naqueles documentos. Numa época em que o Estado era protagonista na seara constitucional e o cidadão era objeto dos direitos individuais.

Contudo, o Constitucionalismo Liberal, evadido de vícios e anacronismos, sofre com sua senilidade. Esta impotência frente às contradições social e econômica é sinal de sua decadência. Diante desse quadro os princípios e valores são elevados à categoria de norma no que tange a sua eficácia e efetividade, perante o modelo de interpretação da Constituição.

Princípios, Valores e Isonomia

Será que a Constituição, lei maior de uma nação, resume-se a um mero silogismo? É óbvio que não. Esse método dedutivo não leva em consideração a importância dos princípios e valores. Ademais, a função dos valores e princípios é infinitamente superior às regras. Pois estas se limitam a um número de fatos e situações em um determinado tempo histórico. Enquanto os valores e princípios possuem maior plasticidade na pacificação de conflitos e na colmatação de lacunas. Por fim, cabe ressaltar a importância dos valores e princípios no limiar do século XXI, em que a Pós-Modernidade, com sua efemeridade e volatilidade, transforma a sociedade velozmente. Daí a necessidade do Direito em utilizar-se dos princípios e valores.

Em outras palavras, todo aquele formalismo liberal que ocasionava a desigualdade real em atendimento a igualdade formal será execrado. Ou como teoriza o preclaro Paulo Bonavides “... a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o seu manto de abstração, um mundo de desigualdade de fato” (Curso de Direito Constitucional, 1998, Editora Malheiros – São Paulo).

Logo, a interpretação axiológica e centrada nos princípios irá tratar das questões atinentes ao princípio da igualdade com maior sensibilidade, maior conexão com a realidade social e econômica.

Portanto, na Nova Hermenêutica a subsunção cede lugar à ponderação na Constituição. Os princípios e valores assumem posição hegemônica em relação às regras, servindo como vetores e balizadores à interpretação infraconstitucional, ao legislador e a Jurisdição.

A Normatividade da Constituição e o Princípio da Isonomia

É pretérito o tempo em que a Constituição cingia-se a uma carta de compromisso político ou o baluarte das disposições programáticas. Isto é, não medra mais o consenso de que a Constituição não tem imperatividade, normatividade e aplicabilidade direta. Esta se traduz com o repúdio como menciona Canotilho “à idéia criacionista”, ou seja, a concepção a concepção de que a Constituição ou até mesmo um direito fundamental não teriam força jurídica ou normativa enquanto não fossem burilados em lei. A aplicabilidade direta, segundo o egrégio mestre da Universidade de Coimbra, não se restringe à exigência de intervenção do legislador para a definição dos direitos fundamentais, mas afirma Canotilho “a aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias implica a inconstitucionalidade superveniente das normas préconstitucionais em contradição com eles” (Canotilho, 1993, página 186, Almedina, Portugal).

Após a Segunda Guerra Mundial e durante o “Welfare State”, emerge uma teoria da Constituição vanguardista no que se refere à interpretação e hierarquização. O Constitucionalismo ganha primazia na Alemanha, principalmente em razão do pavor que as recentes sandices do nazismo perpetrara, ou seja, buscava-se um modelo de constituição que dirigisse a nação alemã e na apenas fosse um pilar dos direitos individuais e da estrita legalidade. O Código Civil perde prioridade para a constituição. E esta por consequência localizar-se-á no topo do ordenamento jurídico, inclusive no âmbito normativo/positivo. O Brasil segue a mesma senda em 1946 com sua constituição democrática. Entretanto, em 1964 a legalidade e a legitimidade são usurpadas para dar lugar ao lúgubre período de Ditadura Militar. Período de retrocesso, de desrespeito a Democracia e aos direitos humanos.

Neste diapasão, o que une o princípio da isonomia e a normatividade constitucional é grande perspicácia do legislador constituinte de 1988, quando estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Como reza o artigo 5º da Constituição da República de 1988 “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Todavia, é unânime o entendimento na doutrina nacional que este dispositivo constitucional precisa sofrer uma interpretação restritiva. Esta será realizada em razão da inexecução de vários direitos albergados por este comando em virtude de entraves econômicos, políticos e orçamentários.

Mas um direito fundamental e imanente ao homem, como o da igualdade, recebeu seu devido tratamento após a constituição de 1988. Seja por meio de políticas discriminantes e até mesmo com a introdução das ações afirmativas; seja pela sensibilidade e equidade que permeia as elucubrações dos Magistrados; e até mesmo pelo Poder Executivo, que apesar de abeberar-se nas fontes do Neoliberalismo e como corolário suprimir direitos sociais tem demonstrado respeito ao referido princípio.

Princípio da Isonomia e Affirmative Action

A execução da lei nº 3708/2001, que cria um sistema de cotas no ensino superior público do Estado do Rio de Janeiro, acarretou salutar discussão acerca da discriminação racial no Brasil, que sempre foi escamoteada pela ideologia dominante com a retórica de uma Democracia Racial. Ademais, dá ensejo à discussão sobre o princípio da Isonomia nas relações entre cidadãos, relativamente, iguais.

"Art. 1º – Fica estabelecida a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF.

Parágrafo único – Nesta cota mínima incluídos também os negros e pardos beneficiados pela Lei nº 3524/2000.

Art. 2º – O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 30 (trinta) dias de sua publicação.

Art. 3º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2001.

Na mídia, no meio acadêmico, discute-se a legitimidade da lei supra-epigrafada.

Será legítima uma lei que visa suprir uma dívida histórica com a população negra, que foi responsável pelo desenvolvimento econômico do Brasil e nada recebera em troca? Alguns dizem que sim, pois o princípio da igualdade(material) estaria sendo administrado corretamente. Por outro lado, outros dizem que a reserva de vagas é uma afronta ao princípio da igualdade pois desigualdade desiguais, ou seja, sufragam que o

critério a ser adotado deveria ser a renda e não a quantidade de melanina que o cidadão possui.

A origem de tal iniciativa legífera repousa na Affirmative Action (Ação Afirmativa) que foi amplamente utilizada nos Estados Unidos da América. Por conseguinte, em virtude da iniciativa do legislador fluminense emerge indagações jurídicas no que tange à constitucionalidade da lei nº 3708/2001. Com base no artigo 3º IV, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil... promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” da Constituição da República, vislumbra-se possíveis óbices à lei de cotas. No entanto, é pacífico o entendimento de que a “Carta Cidadã” almeja delir as desigualdades sociais, regionais e a pobreza, como reza o artigo 3º, III. Logo, cabe ao Pretório Excelso a ponderação e a decisão sobre a validade ou não do diploma legal.

Conclusão

Teve-se a pretensão no singelo trabalho a abordagem da teoria da Hermenêutica Constitucional em amálgama ao Princípio da Isonomia. Desde as concepções liberais e sociais do Estado e do Direito. Perquiriu-se a desmistificação do conceito formal de isonomia e sua interpretação sob os auspícios da Carta Magna de 1988.

No que concerne a hermenêutica constitucional perseguiu-se a demonstração da ineficácia da metodologia jurídica tradicional. Pois, como foi sustentado, a utilização da subsunção defronta-se com a peculiaridade que é imanente às normas constitucionais, ou seja, tal diploma representa signos normativos que só poderão ser decifrados, na maioria das vezes, com base nos princípios e valores.

Dessa forma, infere-se a primazia dos direitos fundamentais e em especial o da isonomia diante das demais normas jurídicas. Por fim, o trabalho vaticina acerca da importância para o operador do Direito, a consideração da importância dos valores, dos princípios, dos direitos fundamentais para o estudo e aplicabilidade do ordenamento jurídico em geral.

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Do Estado Social ao Estado Liberal. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro:

Renovar, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2002.

FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HARVEY, David. Condição Pós-Moderna. 10ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

HUNT & SHERMAN. E. K, Howard J. História do Pensamento Econômico. 19ª ed. Rio de Janeiro, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. São Paulo:

Malheiros, 1998.

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF.

Disponível em:

<http://www.uff.br/direito/artigos/Artigo_de_Direito_Constitucional.htm> Acesso em: 06 out. 2008.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, por Daniela Carneiro

Site:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9979>>

A violência doméstica é um problema que atinge milhares de crianças, adolescentes, e mulheres. Esta página começava com essas palavras, até que recebi e-mail de um leitor ressaltando a falha e injustiça de excluir, do rol dos prejudicados, os homens. Portanto, podemos começar de novo dizendo que: A violência doméstica é um problema universal que atinge milhares de pessoas, em grande número de vezes de forma silenciosa e dissimuladamente.

Trata-se de um problema que acomete ambos os sexos e não costuma obedecer nenhum nível social, econômico, religioso ou cultural específico, como poderiam pensar alguns.

Sua importância é relevante sob dois aspectos; primeiro, devido ao sofrimento indescritível que imputa às suas vítimas, muitas vezes silenciosas e, em segundo, porque, comprovadamente, a violência doméstica, incluindo aí a Negligência Precoce e o Abuso Sexual, podem impedir um bom desenvolvimento físico e mental da vítima.

Segundo o Ministério da Saúde, as agressões constituem a principal causa de morte de jovens entre 5 e 19 anos. A maior parte dessas agressões provém do ambiente doméstico. A Unicef estima que, diariamente, 18 mil crianças e adolescentes sejam espancados no Brasil. Os acidentes e as violências domésticas provocam 64,4% das mortes de crianças e adolescentes no País, segundo dados de 1997.

Violência Doméstica, segundo alguns autores, é o resultado de agressão física ao companheiro ou companheira. Para outros o envolvimento de crianças também caracterizaria a Violência Doméstica.

A vítima de Violência Doméstica, geralmente, tem pouca auto-estima e se encontra atada na relação com quem agride, seja por dependência emocional ou material. O agressor geralmente acusa a vítima de ser responsável pela agressão, a qual acaba sofrendo uma grande culpa e vergonha. A vítima também se sente violada e traída, já que o agressor promete, depois do ato agressor, que nunca mais vai repetir este tipo de comportamento, para depois repetí-lo.

Em algumas situações, felizmente não a maioria, de franca violência doméstica persistem cronicamente porque um dos cônjuges apresenta uma atitude de aceitação e incapacidade de se desligar daquele ambiente, sejam por razões materiais, sejam emocionais. Para entender esse tipo de personalidade persistentemente ligada ao ambiente de violência doméstica poderíamos compará-la com a atitude descrita como co-dependência, encontrada nos lares de alcoolistas e dependentes químicos .

Para entender a violência doméstica, deve-se ter em mente alguns conceitos sobre a dinâmica e diversas faces da violência doméstica, como por exemplo:

Violência Física

Violência física é o uso da força com o objetivo de ferir, deixando ou não marcas evidentes. São comum murros e tapas, agressões com diversos objetos e queimaduras por objetos ou líquidos quentes. Quando a vítima é criança, além da agressão ativa e física, também é considerado violência os atos de omissão praticados pelos pais ou responsáveis.

Quando as vítimas são homens, normalmente a violência física não é praticada

diretamente. Tendo em vista a habitual maior força física dos homens, havendo intenções agressivas, esses atos podem ser cometidos por terceiros, como por exemplo, parentes da mulher ou profissionais contratados para isso. Outra modalidade são as agressões que tomam o homem de surpresa, como por exemplo, durante o sono. Não são incomuns, atualmente, a violência física doméstica contra homens, praticados por namorados(as) ou companheiros(as) dos filhos(as) contra o pai.

Apesar de nossa sociedade parecer obcecada e entorpecida pelos cuidados com as crianças e adolescentes, é bom ressaltar que um bom número de agressões domésticas são cometidos contra os pais por adolescentes, assim como contra avós pelos netos ou filhos. Dificilmente encontramos trabalhos nessa área.

Não havendo uma situação de co-dependência do(a) parceiro(a) à situação conflitante do lar, a violência física pode perpetuar-se mediante ameaças de "ser pior" se a vítima reclamar à autoridades ou parentes. Essa questão existe na medida em que as autoridades se omitem ou tornam complicadas as intervenções corretivas.

O abuso do álcool é um forte agravante da violência doméstica física. A Embriagues Patológica é um estado onde a pessoa que bebe torna-se extremamente agressiva, às vezes nem lembrando com detalhes o que tenha feito durante essas crises de furor e ira. Nesse caso, além das dificuldades práticas de coibir a violência, geralmente por omissão das autoridades, ou porque o agressor quando não bebe "é excelente pessoa", segundo as próprias esposas, ou porque é o esteio da família e se for detido todos passarão necessidade, a situação vai persistindo.

Também portadores de Transtorno Explosivo da Personalidade são agressores físicos contumazes. Convém lembrar que, tanto a Embriagues Patológica quanto o Transtorno Explosivo têm tratamento. A Embriagues Patológica pode ser tratada, seja procurando tratar o alcoolismo, seja às custas de anticonvulsivantes (carbamazepina). Estes últimos também úteis no Transtorno Explosivo.

Mesmo reconhecendo as terríveis dificuldades práticas de algumas situações, as mulheres vítimas de violência física podem ter alguma parcela de culpa quando o fato se repete pela 3ª. vez. Na primeira ela não sabia que ele era agressivo. A segunda aconteceu porque ela deu uma chance ao companheiro de corrigir-se mas, na terceira, é indesculpável.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), foram agredidas fisicamente por seus parceiros entre 10% a 34% das mulheres do mundo. De acordo com a pesquisa "A mulher brasileira nos espaços públicos e privados" – realizada pela Fundação Perseu Abramo em 2001, registrou-se espancamento na ordem de 11% e calcula-se que perto de 6,8 milhões de mulheres já foram espancadas ao menos uma vez.

Violência Psicológica

A Violência Psicológica ou Agressão Emocional, às vezes tão ou mais prejudicial que a física, é caracterizada por rejeição, depreciação, discriminação, humilhação, desrespeito e punições exageradas. Trata-se de uma agressão que não deixa marcas corporais visíveis, mas emocionalmente causa cicatrizes indeléveis para toda a vida.

Um tipo comum de Agressão Emocional é a que se dá sob a autoria dos comportamentos histéricos, cujo objetivo é mobilizar emocionalmente o outro para satisfazer a necessidade de atenção, carinho e de importância. A intenção do(a)

agressor(a) histérico(a) é mobilizar outros membros da família, tendo como chamariz alguma doença, alguma dor, algum problema de saúde, enfim, algum estado que exija atenção, cuidado, compreensão e tolerância.

É muito importante considerar a violência emocional produzida pelas pessoas de personalidade histérica, pelo fato dela ser predominantemente encontrada em mulheres, já que, a quase totalidade dos artigos sobre Violência Doméstica dizem respeito aos homens agredindo mulheres e crianças. Esse é um lado da violência onde o homem sofre mais.

No histérico, o traço prevalente é o "histrionismo", palavra que significa teatralidade. O histrionismo é um comportamento caracterizado por colorido dramático e com notável tendência em buscar atenção contínua. Normalmente a pessoa histérica conquista seus objetivos através de um comportamento afetado, exagerado, exuberante e por uma representação que varia de acordo com as expectativas da platéia. Mas a natureza do histérico não é só movimento e ação; quando ele percebe que ficar calado, recluso, isolado no quarto ou com ares de "não querer incomodar ninguém" é a atitude de maior impacto para a situação, acaba conseguindo seu objetivo comportando-se dessa forma.

Através das atitudes histriônicas o histérico consegue impedir os demais membros da família a se distraírem, a saírem de casa, e coisas assim. Uma mãe histérica, por exemplo, pode apresentar um quadro de severo mal estar para que a filha não saia, para que o marido não vá pescar, não vá ao futebol com amigos... A histeria quando acomete homens é pior ainda. O homem histérico é a grande vítima e o maior mártir, cujo sacrifício faz com que todos se sintam culpados.

Outra forma de Violência Emocional é fazer o outro se sentir inferior, dependente, culpado ou omissivo é um dos tipos de agressão emocional dissimulada mais terríveis. A mais virulenta atitude com esse objetivo é quando o agressor faz tudo corretamente, impecavelmente certinho, não com o propósito de ensinar, mas para mostrar ao outro o tamanho de sua incompetência. O agressor com esse perfil tem prazer quando o outro se sente inferiorizado, diminuído e incompetente. Normalmente é o tipo de agressão dissimulada pelo pai em relação aos filhos, quando esses não estão saindo exatamente do jeito idealizado ou do marido em relação às esposas.

O comportamento de oposição e aversão é mais um tipo de Agressão Emocional. As pessoas que pretendem agredir se comportam contrariamente àquilo que se espera delas. Demoram no banheiro, quando percebem alguém esperando que saiam logo, deixam as coisas fora do lugar quando isso é reprovado, etc. Até as pequenas coisinhas do dia-a-dia podem servir aos propósitos agressivos, como deixar uma torneira pingando, apertar o creme dental no meio do tubo e coisas assim. Mas isso não serviria de agressão se não fossem atitudes reprováveis por alguém da casa, se não fossem intencionais.

Essa atitude de oposição e aversão costuma ser encontrada em maridos que depreciam a comida da esposa e, por parte da esposa, que, normalmente se aborrecendo com algum sucesso ou admiração ao marido, ridiculariza e coloca qualquer defeito em tudo que ele faça.

Esses agressores estão sempre a justificar as atitudes de oposição como se fossem totalmente irrelevantes, como se estivessem corretas, fossem inevitáveis ou não fossem intencionais. "Mas, de fato a comida estava sem sal... Mas, realmente, fazendo assim fica melhor..." e coisas do gênero. Entretanto, sabendo que são perfeitamente conhecidos as preferências e estilos de vida dos demais, atitudes irrelevantes e aparentemente inofensivas podem estar sendo propositadamente

agressivas. Veja Agressões Emocionais na Família.

As ameaças de agressão física (ou de morte), bem como as crises de quebra de utensílios, móveis e documentos pessoais também são consideradas violência emocional, pois não houve agressão física direta. Quando o(a) cônjuge é impedida(a) de sair de casa, ficando trancado(a) em casa também se constitui em violência psicológica, assim como os casos de controle excessivo (e ilógico) dos gastos da casa impedindo atitudes corriqueiras, como por exemplo, o uso do telefone.

Violência Verbal

A violência verbal normalmente se dá concomitante à violência psicológica. Alguns agressores verbais dirigem sua artilharia contra outros membros da família, incluindo momentos quando estes estão na presença de outras pessoas estranhas ao lar. Em decorrência de sua menor força física e da expectativa da sociedade em relação à violência masculina, a mulher tende a se especializar na violência verbal mas, de fato, esse tipo de violência não é monopólio das mulheres.

Por razões psicológicas íntimas, normalmente decorrentes de complexos e conflitos, algumas pessoas se utilizam da violência verbal infernizando a vida de outras, querendo ouvir, obsessivamente, confissões de coisas que não fizeram. Atravessam noites nessa tortura verbal sem fim. "Você tem outra(o) você olhou para fulana(o) ... confesse, você queria ter ficado com ela(e)" e todo tipo de questionamento, normalmente argumentados sob o rótulo de um relacionamento que deveria se basear na verdade, ou coisa assim.

A violência verbal existe até na ausência da palavra, ou seja, até em pessoas que permanecem em silêncio. O agressor verbal, vendo que um comentário ou argumento é esperado para o momento, se cala, emudece e, evidentemente, esse silêncio machuca mais do que se tivesse falado alguma coisa.

Nesses casos a arte do agressor está, exatamente, em demonstrar que tem algo a dizer e não diz. Aparenta estar doente mas não se queixa, mostra estar contrariado, "fica bicudo" mas não fala, e assim por diante. Ainda agrava a agressão quando atribui a si a qualidade de "estar quietinho em seu canto", de não se queixar de nada, causando maior sentimento de culpa nos demais.

Ainda dentro desse tipo de violência estão os casos de depreciação da família e do trabalho do outro. Um outro tipo de violência verbal e psicológica diz respeito às ofensas morais. Maridos e esposas costumam ferir moralmente quando insinuem que o outro tem amantes. Muitas vezes a intenção dessas acusações é mobilizar emocionalmente o(a) outro(a), fazê-lo(a) sentir diminuído(a). O mesmo peso de agressividade pode ser dado aos comentários depreciativos sobre o corpo do(a) cônjuge.

Afinal, se a criança e o adolescente não conseguem encontrar segurança e estabilidade em suas próprias casas, que visão levarão para o mundo lá fora? Os conflitos nas crianças podem resultar da disparidade entre o que diz a mãe, sobre ter medo de estranhos, e a violência sofrida dentro de casa, cometida por pessoas que a criança conhece muito bem. Além disso a violência doméstica pode ainda perpetuar um modelo de razão agressiva e violenta nas crianças que estão com a personalidade em formação.

A violência doméstica é considerada um dos fatores que mais estimula crianças e adolescentes a viver nas ruas. Em muitas pesquisas feitas, as crianças de rua referem maus-tratos corporais, castigos físicos, violência sexual e conflitos

domésticos como motivo para sair de casa.

para referir:

Ballone GJ, Ortolani IV - Violência Doméstica - in. PsiquWeb.

POR ANALOGIA: LEI MARIA DA PENHA É APLICADA PARA PROTEGER HOMEM.

Site: < www.conjur.com.br/static/text/71290.1>

Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, pode ser aplicada por analogia para proteger os homens. O entendimento inovador é do juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá. Ele acatou os pedidos do autor da ação, que disse estar sofrendo agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte da sua ex-mulher.

A lei foi criada para trazer segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar. No entanto, de acordo com o juiz, o homem não deve se envergonhar em buscar socorro junto ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. "É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel e não medir esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social", ressaltou.

De acordo com o juiz, há provas mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se dar as medidas protetivas de urgência solicitadas pelo autor. Com a decisão, a ex-mulher do autor está impedida de se aproximar dele a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho. Ela também não pode manter qualquer contato com ele, seja por telefone, e-mail ou qualquer outro meio direto ou indireto. Na mesma decisão, o juiz advertiu que, no caso do descumprimento, a ex-mulher pode ser enquadrada no crime de desobediência e até mesmo ser presa.

O autor da ação anexou vários documentos no processo como registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo danificado por ela e diversos e-mails difamatórios e intimidatórios enviados. Por isso, ele solicitou a aplicação da Lei 11.340/2006. Isso porque não existe lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica.

O juiz Mário Kono de Oliveira admitiu que, embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é a vítima por causa de "sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira".

Ele acrescentou ainda: "Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível (...). Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres "à beira de um ataque de nervos", que chegaram a atentar contra a vida de seu ex-companheiro, por simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso", finalizou.

Leia a decisão:

Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos de 1074/2008 Vistos, etc. Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulada por CELSO BORDEGATTO, contra MÁRCIA CRISTINA FERREIRA DIAS, em autos de crime de ameaça, onde o requerente figura como vítima e a requerida como autora do fato.

O pedido tem por fundamento fático, as várias agressões físicas, psicológicas e financeiras perpetradas pela autora dos fatos e sofridas pela vítima e, para tanto instrui o pedido com vários documentos como: registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo avariado pela vítima, e inúmeros e-mails difamatórios e intimidatórios enviados pela autora dos fatos à vítima. Por fundamento de direito requer a aplicação da Lei de nº 11.340, denominada "Lei Maria da Penha", por analogia, já que inexistente lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. Resumidamente, é o relatório.

DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a

sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania.

Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxeram inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu julgo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu transito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc.

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. pag. 48)

Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso.

Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.

No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C.

FASUBRA - Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras - 8 de março dia internacional das mulheres.

Site Fasubra: <www.fasubra.org.br/siteAsp/download/ID2007%20MAR-06.doc>

A Direção Nacional da **FASUBRA Sindical** na luta pela construção de uma sociedade justa e igualitária, está comprometida em fazer da luta cotidiana um exercício constante e vigilante na busca das condições objetivas para transformarmos em realidade a bandeira geral que norteia a ação desta Federação, que passa pelo respeito as diferenças e pela igualdade de oportunidades de gênero, racial, étnica e social.

Obtivemos muitos avanços nos últimos tempos, mais temos ainda muitos desafios a ser enfrentado e superado. Continuamos sofrendo opressão e discriminação, mais não esmorecemos e nem fugimos da luta.

Temos a consciência que não é uma data que garantirá as transformações necessárias para a superação das desigualdades entre homens e mulheres, mas é nestes momentos que podemos parar e refletir acerca do significado deste dia, de nossas ações práticas no cotidiano de nossa militância, de nossa convivência no local de trabalho e no lar, e a partir daí pensarmos o que fazer para transformar esta realidade, a partir da construção de um mundo melhor.

A luta continua!!!

Um pouco da História

- 1911- Durante uma greve de tecelãs e tecelões, em Nova Iorque, morrem 146 grevistas, em um incêndio, devido a péssimas condições de segurança;
- 1914- Pela primeira vez, é indicada uma data única, o dia 8 de março, para comemoração do Dia da Mulher, pela Secretaria Internacional da Mulher Socialista, dirigida por Clara Zetkin;
- 1966- Pela primeira vez, a Federação das Mulheres Comunistas da Alemanha Oriental, conta à versão das 129 operárias mortas, em um incêndio provocado pelos patrões, durante uma greve, em Nova Iorque no ano de 1857;
- 1977- A UNESCO encampa a data de 8 de março e a versão da greve de 1857, para celebrar a luta das mulheres.
- Independente da polêmica que se estabeleceu sobre quais teriam sido os fatos que justificaram a celebração da data, o que a história registra é que o dia foi construído a partir das lutas das trabalhadoras no rumo do Socialismo.

Lei Maria da Penha: uma conquista na luta contra a violência

O Projeto de Lei de Conversão (PLC) 37/2006 é o resultado final de um projeto enviado pela ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéia Freire, ao Congresso Nacional em 25 de novembro de 2004. Fruto de um longo processo de elaboração a "Lei Maria da Penha" leva este nome em homenagem à Maria da Penha Maia, 60, três filhas, hoje líder de movimentos de defesa dos direitos das mulheres, vítima emblemática da violência doméstica. Em 1983, seu ex-marido, professor universitário, tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez atirou contra ela, e na segunda tentou eletrocutá-la. Por conta das agressões sofridas, Penha ficou tetraplégica. Nove anos depois seu agressor foi condenado a oito anos de prisão. Por meio de recursos jurídicos, ficou preso por dois anos. Solto em 2002, hoje está livre.

O episódio chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) e foi considerado, pela primeira vez na história, um crime de violência doméstica. Hoje, Penha é coordenadora de estudos da Associação de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV), no Ceará. Estava presente à cerimônia da sanção da lei junto aos demais ministros e representantes de movimentos feministas.

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher foi sancionada pelo presidente Lula, dia 7 de agosto, e recebeu 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.

O projeto foi elaborado por um grupo interministerial a partir de um anteprojeto de organizações não-governamentais. O governo federal o enviou ao Congresso Nacional no dia 25 de novembro de 2004. Lá, ele se transformou no Projeto de Lei de Conversão 37/2006, aprovado e sancionado.

CONHEÇA A LEI

Como era

- ✓ Não existia lei específica sobre a violência doméstica contra a mulher.
- ✓ Não tratava das relações de pessoas do mesmo sexo.
- ✓ Aplicava a Lei dos Juizados Especiais Criminais para os casos de violência doméstica. Estes juizados julgam os crimes com pena até dois anos (menor potencial ofensivo).
- ✓ Permitia a aplicação de penas pecuniárias como as de cesta básica e multa.
- ✓ A mulher podia desistir da denuncia na delegacia.
- ✓ A lei não utilizava a prisão em flagrante do agressor.
- ✓ Não previa a prisão preventiva para os crimes de violência doméstica.
- ✓ A mulher vítima de violência domestica, em geral, ia desacompanhada de advogado ou defensor público nas audiências.
- ✓ A pena para o crime de violência doméstica era de 6 meses a 1 ano.
- ✓ A violência doméstica contra a mulher portadora de deficiência não aumentava a pena.

Hoje

- ✓ Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher.
- ✓ Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de orientação sexual.
- ✓ Retira dos Juizados Especiais Criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher.
- ✓ Proíbe a aplicação dessas penas.
- ✓ A mulher somente poderá renunciar perante o juiz.
- ✓ Possibilita a prisão em flagrante.
- ✓ Altera o código do processo penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física.
- ✓ A mulher deverá estar acompanhada de advogado ou defensor em todos os atos processuais.
- ✓ A pena para o crime de violência doméstica passará a ser de 3 meses a 3 anos.
- ✓ Se a violência doméstica for cometida contra mulher portadora de deficiência, a pena será aumentada em 1/3.

CALENDÁRIO DE ATIVIDADES

MARÇO	
07	Reunião da CUT e Entidades Cutistas com o Ministro do Planejamento
08	Dia Internacional da Mulher
09 a 11	Reunião da DN
12 e 13	Plenária Setorial FASUBRA
14	Plenária Nac dos SPF's
15	Lançamento da Campanha Salarial
16,17 e 18	Reunião do GT Educação, Coordenações de Assuntos de Aposentadoria e, de Políticas Sociais
19 e 20	Reunião do GT-Carreira
21 e 22	Seminário Nacional da CIS

UnB – Pavilhão Múltiplo Uso - Bloco C - Sala C-1-07 – Campus Universitário
 Darcy Ribeiro Cep 70.919-970 - C. Postal 04539 – Asa Norte - Brasília – DF -
 Fones: (61) 3349.9151 - Fax (61) 3349.1571 - E-mail: fasubra@fasubra.org.br -
 Home Page: <http://www.fasubra.org.br>

O princípio da legalidade penal

Trata de seus desdobramentos e sua importância como base do Estado Democrático de Direito e para a manutenção da segurança jurídica.

02/ago/2005



Danielle Gonçalves

dann2@hotmail.com

Veja o **perfil** deste autor no DireitoNet

É cediço que a sociedade possui uma capacidade insuperável de ação. O que diferencia o ser humano dos demais seres é o fato de ser pensante e não agir somente guiado pelo instinto. Então, dentro do imenso rol de ações, e também omissões, que o indivíduo pode se submeter a praticar existem aquelas que são admitidas e até mesmo toleradas pelo ordenamento jurídico em nome da liberdade do cidadão. Porém, existem aquelas condutas que devem ser evitadas em prol do bem estar da sociedade e, por isso, o Estado as proíbe. E esta é a função primordial do Direito – numa afirmação bastante superficial, regular as questões controversas para buscar, ao máximo, a paz social.

Eis que surge a importância do princípio da legalidade, prescrito no art. 5º, II da Constituição Federal Brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Desta premissa surge um dos marcos mais avançados do Estado Democrático de Direito, pois tudo que não for expressamente proibido por lei é permitido fazer ou deixar de fazer. Destarte, o indivíduo se orienta segundo a lei e tudo o que ela não proibir é aceito. É assim que Maurício Lopes (1994), seguindo o pensamento de Celso Ribeiro Bastos, afirma que o princípio da legalidade deixa de ser apenas um direito individual, visto que não tutela, especificamente, um bem da vida, mais sim uma garantia constitucional, já que assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja lei.

Convém lembrar que o princípio da legalidade não é restrito apenas ao Direito Penal, mas sim um caráter de todo o Direito, possuindo apenas “no campo penal – em face dos valores fundamentais da pessoa humana postos em disputa pela sanção criminal – o ápice de sua projeção doutrinária, histórica e o cume da relevância dos seus efeitos concretos” (LOPES, 1994. p. 21).

Assim, ressalvada a relevância que possui para o Direito Penal, o Princípio da Legalidade Penal ou o *nullum crimen, nulla poena sine lege* está previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, enquadrado no rol de direitos e garantias fundamentais, que, juntamente com outros princípios, expressos e implícitos nesse artigo, formam o conjunto de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito, pois “têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista” (BITENCOURT, 2002. p. 09).

O princípio da legalidade penal, fruto de uma gloriosa conquista da cultura humana ao longo da história, se concretizou como algo imprescindível ao Estado Democrático de Direito, eis que consiste num dos principais entraves à intervenção do Estado na esfera da liberdade do indivíduo. O ente estatal é o único detentor do *jus puniendi*, mas não poderá atuar de forma absoluta e arbitrária, pois a legalidade surge como um obstáculo a este poder, determinando em que situações será legítima a ação repressiva. Esse princípio proporciona ao indivíduo uma esfera de defesa de sua liberdade cuja garantia inaugural é o primado da lei. “As ações humanas passíveis de reprovação penal que sujeitem o indivíduo a restrições à liberdade ou outras medidas de caráter repressivo devem estar previstas expressamente em lei vigente à época do fato e de cujo conteúdo tenha sido dado conhecimento público a todos quantos se achem sob jurisdição do Estado” (LOPES, 1994. p. 34).

Destarte, Mariângela Gomes (2003. p. 31), fundamentada nos pensamentos de Francesco Palazzo, ressalta que: “para o direito penal, especialmente, a **maior garantia de caráter político derivada da adoção do princípio do Estado de Direito** é a legalidade dos delitos e das penas. Ela tem por principal finalidade **impedir que a condenação penal seja utilizada na contingência de uma luta política, e segundo as circunstâncias, como instrumento de humilhação do adversário**; isto se dá não apenas por assegurar a predeterminação do direito, mas por garantir, também, sua produção por parte dos órgãos dotados de legitimação substancial para tal – ao **vincular o juiz a uma regra preexistente**, o Estado consolida a distribuição do poder punitivo nas mãos de órgãos legitimados para a produção do direito. Expressa-se e formaliza-se, assim, uma determinada distribuição do poder punitivo entre os órgãos constitucionais, segundo o modelo de equilíbrios recíprocos que resulta legitimado pela história política e social de um determinado país” (grifo nossos).

Do exposto, extrai-se que o princípio da legalidade é um dos principais sustentáculos de manutenção da segurança jurídica num Estado, pois através dele o indivíduo conhece o que se é permitido e o que se é proibido podendo agir de forma consciente da licitude ou não de sua conduta. Deste modo, esse princípio é adotado na totalidade dos Estados democráticos e liberais e “com marcante presença até mesmo nas legislações de outros Estados de menor vocação democrática” (LOPES, 1994, p. 32). No Brasil, está presente no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, bem como no art. 1º do Código Penal, como fundamento do Direito Penal brasileiro, ao ordenar: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Este é o postulado da legalidade penal. Segundo ele, somente a lei anterior ao fato poderá tornar aquele simples fato, num fato criminoso, e somente a lei poderá estabelecer a sanção conseqüente ao cometimento do delito. Inexistente a lei definindo o fato criminoso e cominando pena, não haverá que se falar em delito, nem sanção. Assim, a lei é a fonte única do Direito Penal incriminador. Punir um indivíduo por um fato praticado, que não fora pré-determinado em lei como crime é exercer arbitrariamente o poder, é viver num total estado indesejável de insegurança que rechaça o nosso Estado Democrático de Direito.

Uma abordagem feita por Maurício Lopes (1994. p. 54) expressa bem a importância da legalidade como garantia à segurança jurídica e como proteção à liberdade do indivíduo. Segundo o autor, o cidadão é livre no momento de agir, mas a sua liberdade necessita do conhecimento dos seus limites, isto é, para não ficar submetido às interferências do Estado, o indivíduo, consciente de seus direitos e obrigações, tem de conhecer a lei para ver até que ponto é livre. E é por isso que as leis devem ser claras e determinadas, porque o desconhecimento, ou o conhecimento defasado da lei pelo indivíduo fere sua liberdade e faz reinar a insegurança jurídica. Assim: “A segurança jurídica deve ser entendida como no sentido da possibilidade de previsão da reação estatal: ao indivíduo se deve oferecer as possibilidades para que possa fazer um plano antecipado de sua ação. Para que exista verdadeiramente liberdade, não somente é preciso consciência interna, mas ademais disso, conhecimento da regra, lei ou princípio que há de reger a vontade. O que ignora como se haverá de agir, de comportar-se, não pode conduzir-se livremente; e assim se diz que não há liberdade sem inteligência, consciência atual da ilicitude”.

Não se pode olvidar que “é emergencial para a estruturação de um Estado Democrático e de Direito – marcado pelo grau de liberdade política que concede aos seus cidadãos – para a consecução da segurança do cidadão perante o Estado com a conseqüente eliminação do temor, a fixação material do princípio da legalidade – corolário obrigatório do pensamento político-democrático. Não se pode perder de vista que as leis penais são essencialmente protetoras da liberdade e da igualdade individual, representando o tipo penal uma garantia de permissão das condutas contrárias ou diferentes de sua hipótese expressa” (Maurício Lopes, 1994. p. 58).

Do corolário da legalidade são extraídos alguns postulados que, segundo o esquema proposto pelo penalista espanhol Reinhart Maurach, são quatro: a) *nullum crimen, nullum poena sine lege praevia*, b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, c) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Esses postulados segundo essa corrente são estabelecidos por implicitude no princípio geral, construindo, como afirma Francisco Toledo, “a denominada função de garantia da lei penal como autêntica ‘função de garantia individual das cominações penais’”. Entretanto, de acordo com outro pensamento formulado pelo jurista italiano Ferrando Mantovani, as garantias derivadas do princípio da legalidade são a reserva legal, a taxatividade e a irretroatividade da lei penal. Entretanto, esses corolários, na nossa opinião, se correspondem e se complementam na medida em que são

necessários para minudenciar o princípio da legalidade de forma a buscar o alcance máximo de sua finalidade, ou seja, obstacularizar a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Desta forma, iremos expor os corolários sem, todavia, nos filarmos a uma ou outra posição, nem a outros pensamentos existentes.

O primeiro corolário derivado da legalidade a ser citado é o princípio *nullum crimen, nullum poena sine lege praevia* ou princípio da anterioridade da lei penal que determina: a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. De acordo com esse princípio, o poder punitivo do Estado fica adstrito às definições legais, ou seja, um sujeito só poderá ser processado e condenado pelo ente estatal desde que cometa um fato determinado em lei como criminoso e somente poderá ser sancionado nos limites da pena fixada na lei que qualificou o fato como ilícito penal. “É o princípio da vedação das leis penais materiais *ex post facto*”, ou o princípio que proíbe a criação de leis *ad hoc*, feitas de acordo com o caso concreto, para acalmar estados de ânimos e excitações politicamente indesejáveis, isto é leis elaboradas devido a emoção do momento, e, por isso, inadequadas no seu conteúdo e indesejáveis pelo Estado de Direito (Claus Roxin apud GOMES, 2003. p. 34).

Desta forma, para ser aplicada a determinado fato a lei deve estar em plena vigência antes do cometimento do delito. E somente a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais, desconsiderando-se, assim, a possibilidade de se criar fatos delituosos e sanções penais através de decreto-lei ou medida provisória, antes da aprovação desta pelo Congresso Nacional, bem como através de decreto legislativo e resolução.

O postulado da irretroatividade da lei penal, por sua vez, está previsto tanto na Constituição, no art. 5º, inc. XL ao determinar: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, quanto no Código Penal, no art. 2º ao prescrever: “ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Esse princípio confere ao cidadão a segurança de não ser punido, ou não ser apenado mais severamente, pelo cometimento de fatos que passaram a ser considerados crimes ou passaram a ter pena menos branda por uma lei posterior. Isto é, a lei penal mais severa não pode retroagir para alcançar fatos praticados anteriormente a sua vigência. Esse postulado corresponde à interferência direta do princípio da anterioridade da lei.

Por outro lado, é permitida a retroatividade da lei penal mais benéfica. Assim, se uma lei nova incriminar algum fato (*novatio criminis*) ou agravar a pena será menos favorável e não poderá retroagir. Mas se a lei nova for mais favorável de modo a eliminar uma incriminação (*abolitio criminis*), reduzir uma pena ou de qualquer outra maneira beneficiar o réu poderá retroagir para alcançá-lo.

Um segundo desdobramento é o *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* ou princípio da exigibilidade da lei escrita, isto é, para criar normas penais incriminadoras e as respectivas sanções mister se faz a edição de uma lei escrita, “submetida aos rígidos processos de formulação legislativa constitucionalmente estabelecidos, com obediência de todos os ritos e fórmulas para a validade formal da lei” (LOPES, 1994. p. 107). Assim, está vedada a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena, quer dizer, os costumes não podem ser utilizados como fonte criadora de crimes e penas.

Entretanto, a utilização dos costumes como fonte do Direito Penal só é vedada se maléfico ao acusado, isto é, se estiver criando direito repressivo, instituindo ou majorando crimes e penas. Do contrário, para o benefício do réu, a invocação do costume é devida.

Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta ou o princípio da proibição da analogia é outro postulado do princípio da legalidade e consiste na proibição de criar crimes, fundamentar e agravar a pena através de analogia, isto é, é vedada a analogia *in mallam partem*. Entretanto, permite-se a analogia *in bonam partem*, ou seja, será utilizada a analogia sempre que for benéfica ao cidadão, visto que gera a diminuição ou até mesmo a não aplicação da pena ao acusado. Deste modo, nas palavras de Maurício Lopes (1994, p. 123), o Direito Penal admite o emprego da analogia, desde que se atenda ao critério do *favorabilia amplianda*, permitindo a aplicação analógica dos preceitos referentes a exclusão do crime ou de culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção de punibilidade. Cumpre ressaltar, porém, que ficam ressalvados os casos em que a lei quiser excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes.

Outro corolário, o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* ou princípio da taxatividade determina que são proibidas as leis penais indeterminadas. Os tipos penais devem ser claros e precisos, ou seja, o legislador, ao elaborar a figura típica, não deve deixar margens a dúvidas, nem utilizar termos genéricos, muito abrangentes, visto que a lei só irá realizar a sua função preventiva, motivando o comportamento humano, se for acessível a todas as pessoas, em todos os níveis sociais.

A discricionariedade do órgão judicial ao aplicar a lei penal fica limitada pela garantia da taxatividade, eis que as normas penais devem possuir o máximo de clareza e determinação possível. Essa exigência é dirigida ao legislador, eis que está proibido de elaborar normas incriminadoras de formas ambíguas, imprecisas, equivocadas e vagas, podendo abrir brechas para diversos e casuísticos entendimentos (Claus Roxin apud Gomes, 2003, p. 33). Uma lei elaborada nesses termos poderia trazer diversas conseqüências maléficas para um declarado Estado de Direito, de forma que poderia estar-se fraudando o princípio da legalidade. Deste modo, afirma Maurício Lopes (1994, p. 129) que “a técnica legislativa de formar tipos utilizando-se de cláusulas gerais é de todo incompatível com o Estado de Direito. O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige que a lei anuncie, mediante a indicação dos diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição, a fim de que **os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial**” (grifos nossos).

Há de se considerar que “uma lei indeterminada ou imprecisa **não protege o cidadão contra a arbitrariedade**, porque implica uma falta de limitação ao *ius puniendi* estatal. Além disso, é **contrária ao princípio da divisão de poderes**, pois permitiria ao juiz fazer a interpretação que quisesse e, com isso, invadir o terreno legislativo; **não produziria eficácia preventivo-geral**, já que o indivíduo estaria impedido de reconhecer na norma o que se quer proibir e, devido a isso, a existência de lei indeterminada não proporcionaria a base para um juízo de reprovabilidade”. (Claus Roxin apud GOMES, 2003, p. 33, grifo nossos).

Deste modo, vislumbra-se a importância do princípio da legalidade e de seus desdobramentos. Esse postulado é fruto de uma luta histórica contra o arbítrio e o uso ilimitado do poder do Estado contra um dos bens mais indispensáveis à prevalência do princípio máximo da dignidade da pessoa humana: a liberdade do indivíduo. Como permanecer em um estado de segurança jurídica se se desconhece as condutas que serão punidas pelo Estado? Como se defender de um arbítrio se antes de praticar um ato era inconsciente da sua ilicitude? Qual o ser que não estremece ao pensar que um ato pode ser criminoso ao pôr do sol e ser lícito ao raiar do dia, ou ter o seu destino nas mãos do bom humor do julgador? Para esvaír-se dessas situações indesejáveis ao Estado Democrático de Direito, necessário se faz recorrer à lei como a fonte de todo poder estatal e como garantia de todo cidadão.

Referências

Bibliográficas:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 01. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. Projeções Contemporâneas. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Ed. Saraiva. 5ª Edição. 8ª Tiragem. 2000.

JUS BRASIL - Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem

Site: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protetger-homem>>

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, pode ser aplicada por analogia para proteger os homens. O entendimento inovador é do juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá. Ele acatou os pedidos do autor da ação, que disse estar sofrendo agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte da sua ex-mulher.

Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homemA...

JUSTIÇA / Juiz usa Lei Maria da Penha para proteger...

Lei Maria da Penha é aplicada por analogia em MT co...

» ver as 14 relacionadas

A lei foi criada para trazer segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar. No entanto, de acordo com o juiz, o homem não deve se envergonhar em buscar socorro junto ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. "É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel e não medir esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social", ressaltou.

De acordo com o juiz, há provas mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se dar as medidas protetivas de urgência solicitadas pelo autor.

Com a decisão, a ex-mulher do autor está impedida de se aproximar dele a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho. Ela também não pode manter qualquer contato com ele, seja por telefone, e-mail ou qualquer outro meio direto ou indireto. Na mesma decisão, o juiz advertiu que, no caso do descumprimento, a ex-mulher pode ser enquadrada no crime de desobediência e até mesmo ser presa.

O autor da ação anexou vários documentos no processo como registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo danificado por ela e diversos e-mails difamatórios e intimidatórios enviados. Por isso, ele solicitou a aplicação da Lei 11.340/2006. Isso porque não existe lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica.

O juiz Mário Kono de Oliveira admitiu que, embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é a vítima por causa de "sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira".

Ele acrescentou ainda: "Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível (...). Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres "à beira de um ataque de nervos", que chegaram a tentar matar a vida de seu ex-companheiro, por simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso", finalizou.

Leia a decisão:

Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos de 1074 /2008 Vistos, etc. Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulada por CELSO BORDEGATTO, contra MÁRCIA CRISTINA FERREIRA DIAS, em autos de crime de ameaça, onde o requerente figura como vítima e a requerida como autora do fato.

O pedido tem por fundamento fático, as varias agressões físicas, psicológicas e financeiras perpetradas pela autora dos fatos e sofridas pela vítima e, para tanto instrui o pedido com vários documentos como: registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo avariado pela vítima, e inúmeros e-mails difamatórios e intimidatórios enviados pela autora dos fatos à vítima. Por fundamento de direito requer a

aplicação da Lei de nº 11.340, denominada "Lei Maria da Penha", por analogia, já que inexistia lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. Resumidamente, é o relatório.

DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a "fêmea" a seus caprichos, à sua vilania e tirania.

Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxeram inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu jugo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu trânsito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc.

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: "Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: "Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz" (DAMÁSIO DE JESUS -Direito Penal - Parte Geral -10ª Ed. pag. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres "à beira de um ataque de nervos", que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso.

Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.

No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C.

Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei nº 11.340/2006

Texto extraído do **Jus Navigandi**
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>

João José Leal

Ex-Procurador Geral de Justiça de Santa Catarina e Promotor de Justiça aposentado.
 Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI.

1. Introdução – Uma Lei Marcada por Normas Programáticas e Reafirmadoras dos Direitos Constitucionais Fundamentais

A Lei 11.340/2006, de 08.08.2006, ainda vai precisar do prazo de *vacatio legis*, de 45 dias, para poder ser aplicada (* *Ver Nota de Atualização do Editor*). Denominada de *Lei Maria da Penha*, em homenagem a uma das vítimas da violência masculina contra a mulher deste país ainda machista, a nova lei fundamenta-se em normas e diretivas consagradas na Constituição Federal (art. 226, § 8º), na Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e na Convenção Interamericana para Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Preâmbulo e art. 1º).

Seu fundamento político-jurídico, portanto, é admirável e difícil de ser contestado. Porém, seus nobres e altruísticos objetivos de proteção e assistência à mulher vítima de violência precisarão de muito tempo, de muita vontade política da parte do poder público e de muito avanço ético-político para serem alcançados. Quanto às suas normas de natureza restritiva ou repressiva, destinadas ao *outro* da relação jurídica conflituosa ou de violência, precisam de muita reflexão e discussão acerca de sua legitimidade ética e de sua conveniência jurídica.

Reafirmando normas principiológicas e programáticas consagradas na CFRB e nas convenções acima referidas, a nova lei proclama que *toda mulher*, independentemente, de classe, raça, etnia, orientação sexual etc., "goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana" e assume a difícil e delicada proposta de assegurar a todas as mulheres "as oportunidades e facilidades para viver *sem violência*, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social" (art. 2º).

Em seguida, o texto normativo dispõe que serão "asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação" e todos os demais direitos fundamentais (art. 3º). Na verdade, estes últimos, por serem fundamentais, devem ser garantidos a todas as pessoas, independentemente de serem ou não mulheres.

Trata-se de lei extensa e repleta de boas intenções em seus 46 artigos, acrescidos de parágrafos e incisos. Seu texto é marcado por um grande número de normas programáticas, como a que determina que o "poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Portanto, não será fácil cumprir todas as suas normas que prescrevem ações governamentais verdadeiramente transformadoras da realidade socioeconômica brasileira.

2. Conceito e Formas Legais de Violência Doméstica e Domiciliar contra a Mulher

A Lei 11.340/2006 criou a categoria jurídica denominada *mulher em situação de violência doméstica e familiar*, aplicável aos casos em que a mulher for objeto de "ação ou omissão baseada no *gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" (art. 5º, *caput*). O texto legal não é claro ao utilizar o termo "gênero", que deve ter seu sentido jurídico relacionado à categoria *violência doméstica e familiar*.

Temos, agora, uma nova categoria jurídica que precisa ser devidamente apreendida em seus contornos fáticos e jurídicos. A primeira observação é a de que, em matéria penal, as ações mencionadas no texto legal já configuram – em tese - crimes previstos no Código Penal (homicídio, lesão corporal, estupro etc). Portanto, neste particular, a nova lei tem importância apenas conceitual e restrita ao espaço jurídico deste recém-promulgado Estatuto contra a Violência Doméstica e Familiar.

Para a lei, o local em que pode ser praticada a *violência doméstica e familiar contra a mulher* não se restringe ao espaço demarcado pelo recinto do lar ou do domicílio em que esteja vivendo a vítima. A norma refere-se ao *âmbito da unidade familiar*, compreendida esta "como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar" (art. 5º, inciso I); ao *âmbito da família*, compreendida esta "como comunidade formada por indivíduos que ou se consideram aparentados" (inciso II); e, ainda, a violência praticada em decorrência "de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor

conviva ou tenha convivido com a ofendida" (inciso III).

Verifica-se, portanto, que a lei amplia o espaço de ocorrência da violência domiciliar e familiar, que pode ser praticada em qualquer lugar, desde que motivada por uma relação de afeto ou de convivência familiar entre agressor e mulher-ofendida. Seria o caso de mulher agredida em via pública, pelo ex-marido ou ex-companheiro, por motivo relacionado à convivência anterior entre agressor e vítima.

Por outro lado, atos de violência contra a mulher, praticados por agente que não se enquadre numa das três hipóteses previstas no art. 5º e seus incisos, não serão submetidos ao tratamento estabelecido na Lei 11.340/2006, sendo-lhes aplicadas as demais normas da legislação comum.

Nos termos do art. 7º, a prática de violência contra a mulher pode assumir as seguintes formas de manifestação:

1) *Física*, "entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal" (inciso I). Estariam incluídas aí, condutas caracterizadoras de crimes como o homicídio, aborto, lesão corporal.

2) *Psicológica*, "entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima" (inciso II).

3) *Violência Sexual*, "entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força" (inciso III). Este tipo de conduta pode configurar um dos crimes contra a liberdade sexual, definidos no Código Penal.

4) *Violência Patrimonial*, "entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total" de bens de qualquer natureza pertencentes à ofendida (inciso IV). Podem ser aqui enquadrados casos em que a mulher, por medo, coagida ou induzida a erro, transfere bens ao agressor.

5) *Violência Moral*, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (inciso V). São as hipóteses de crimes contra a honra tipificadas no Código Penal.

Aqui, a lei é exaustiva, ao indicar e descrever cinco formas de violência contra a mulher. Desde a violência física, que é a mais comum, à violência moral. Esta última, que não é rara na vida real, ocorre nos casos em que a mulher for caluniada, difamada ou injuriada pelo marido ou companheiro e sempre que a conduta violenta for praticada no espaço de uma relação doméstica ou familiar.

3 Assistência à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar

Determina a lei em exame que o "poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares" (art. 3º, § 1º). Mais uma vez, constata-se a preocupação do texto legal em garantir, às mulheres, os direitos humanos que já se acham positivados na Constituição Federal, principalmente, em seu art. 5º e numerosos incisos.

Nos termos da lei, a principal *Política Pública* é a que tem por objetivo "coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher", devendo ser formulada e colocada em prática por meio de um "conjunto articulado de ações do poder público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e ações não-governamentais".

A própria lei estabelece, expressamente, as diretrizes dessa altruística Política Pública, denominadas de "medidas integradas de prevenção à violência, de repressão ao ofensor e de assistência à ofendida": integração entre os diversos órgãos da administração pública; promoção de campanhas educativas, estudos e pesquisas; celebração de convênios, protocolos; capacitação dos profissionais etc. (art. 8º e incisos).

Há, portanto, uma chamada geral para unir as forças das entidades oficiais, particulares e comunitárias em torno dessa verdadeira cruzada contra a violência masculina.

. Na esfera policial, entre outras providências, deverá a autoridade garantir a proteção da mulher, encaminhá-la ao hospital, fornecer-lhe e aos dependentes o transporte que se fizer necessário, acompanhar-lhe ao domicílio para retirada dos pertences (art. 10) .

Diante da precariedade das instalações e equipamentos dos órgãos da Polícia brasileira, é difícil imaginar nossas autoridades policiais com as condições necessárias para cumprir tão avançado programa de assistência e proteção à mulher.

Na esfera judicial, não é menor o rol de medidas "protetivas" urgentes contra o agressor: suspensão do porte de arma; afastamento do lar; proibição de aproximação e contato com a ofendida, entre outras (art. 22).

Há, também, previsão legal de medidas protetivas de urgência que o magistrado poderá ou deverá adotar para a proteção e assistência em favor da mulher vítima de violência doméstica: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de atendimento e proteção; separação de corpos e garantia para o retorno ao domicílio; restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor; suspensão de procações conferidas pela ofendida ao ofensor e outras (arts. 23 e 24).

4. Normas de Procedimento para dos Casos de Violência Doméstica conta a Mulher

A nova lei dedica o seu extenso título IV a estabelecer normas processuais e procedimentais aplicáveis aos casos de violência domiciliar contra a mulher. Cremos que a mais importante é a que propõe a criação de um novo órgão judicial. Dispõe a lei, textualmente:

"os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, *poderão* ser criados pela União, no Distrito Federal e Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher" (art. 14).

À luz da Política Jurídica, não nos parece acertada a opção da lei em tela de criar mais um órgão jurisdicional com competência especial de processar, julgar e executar as decisões decorrentes da prática de atos de violência doméstica. Primeiro, porque a justiça brasileira já conta com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a realidade mostra que estes ainda estão distantes de concretizar a proposta, indiscutivelmente válida, de se praticar uma justiça célere, informal, simples e acessível a todos.

A criação de um outro tipo de juizado, destinado apenas ao julgamento de questões resultantes da violência familiar, parece um verdadeiro despropósito, pois não leva em consideração a problemática de nossa realidade judiciária. A falta de seriedade da proposta legislativa fica evidenciada ao dispor sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica nos Territórios, ignorando que não mais existem esses entes federais.

A verdade é que a norma, ao dispor que os Juizados de Violência Doméstica *poderão* ser criados, tem conteúdo apenas programático e não determinante. Assim, ao que tudo indica e diante da penúria orçamentária do Poder Judiciário, tais juizados não verão a luz do dia tão cedo. Mesmo nas comarcas dos maiores aglomerados urbanos deste país.

Ainda no plano processual penal e como uma das "medidas protetivas de urgência" contra o autor da violência doméstica e familiar, o novel Estatuto criou mais uma hipótese fática para a decretação da prisão preventiva, acrescentando ao art. 313, do CPP, o inciso IV, com a seguinte redação: "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência."

Agora, dispõe o juiz de mais um instrumento de controle cautelar para esta forma de violência familiar, que somente deve ser utilizado em casos de comprovada urgência e extrema necessidade. Quanto à expressão *lei específica*, o novo texto legal, refere-se, obviamente, à própria Lei 11.340/2006.

Fica clara a intenção da nova lei de criar um sistema judicial próprio para aplicação das normas mais severas de controle à violência contra a mulher. Nesse sentido, o art. 17 proíbe a aplicação de penas de prestação pecuniária, especialmente a de cesta básica ou a de substituição de pena "que implique o pagamento isolado de multa". E o art. 41 é, ainda, mais incisivo, pois exclui, da esfera processual e procedimental da Lei 9.099/1995, os "crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher".

5. Normas de Natureza Penal

No âmbito do Direito Penal, propriamente, o Estatuto contra a Violência Doméstica e Familiar traz três inovações. A primeira ampliou o texto da agravante descrita no art. 61, inciso II, letra *f*, do Código Penal, para acrescentar a expressão: "*ou violência contra a mulher na forma da lei específica*". Parece-nos que a inserção normativa é supérflua, pois a redação existente já permitia agravar a pena do agressor no caso de violência doméstica contra a mulher.

Outra inovação, conforme já vimos, é a que ao proíbe a aplicação, ao condenado por violência doméstica, de penas alternativas de natureza patrimonial ou que possam resultar no pagamento de multa ou de cesta básica (art. 17). Trata-se de norma que se insere na contramão da tendência legislativa e judicial de facilitar e estimular a aplicação das penas restritivas de direitos, aí incluídas as de natureza patrimonial, aos casos de infração de menor e de médio potencial ofensivo.

A terceira alteração – formalmente mais rigorosa – diz respeito ao crime de lesão corporal leve. Foi acrescentado ao já alterado e mutilado texto do art. 129, do Código Penal, mais um parágrafo, o de número 11, para descrever a causa de aumento de um terço da pena, no caso de *violência praticada contra pessoa portadora de deficiência*.

O texto original desse artigo do CP havia sido objeto de alteração recente, determinada pela Lei N° 10.886/2004, que lhe acrescentara os parágrafos 9° (para criar a obscura figura da lesão corporal resultante de violência doméstica) e 10, para criar uma nova causa de aumento de pena.

Nem se passaram dois anos e o texto foi novamente alterado para incluir mais uma causa de aumento de pena. No entanto, é preciso ressaltar que a Lei 11.340/2006, ao criar a nova majorante, reduziu o mínimo da pena mínima cominada à lesão corporal praticada com violência doméstica de 06 (seis) para 03 (três) meses de detenção. É evidente que a redução da reprimenda, agora prevista no

referido parágrafo 9º, destoa da política mais conservadora e severa adotada pelo novo Estatuto contra a Violência Doméstica e Familiar.

É possível que a alteração tenha sido intencional, a fim de corrigir uma impropriedade de técnica legislativa, pois o parágrafo em exame descreve um tipo de lesão corporal, que somente pode ser classificado como de natureza leve, mas havia cominado pena mínima em dobro, se comparada ao mínimo previsto no *caput* do mesmo artigo.

Porém, o mais provável é que tenha havido um equívoco do legislador. Além do fato da redução ser contrária à política conservadora do Estatuto contra a Violência Doméstica e Familiar, em seu texto, publicado no D.O.U, de 08.08.2006, não consta a observação (*NR*), indicadora de alteração de texto legislativo anterior. Assim sendo, é possível ter havido um equívoco de redação, que determinou a utilização da pena mínima originalmente cominada no *caput* do artigo (o que seria de todo correto e conveniente), sem que tenha ocorrido votação para efetivar a justa e necessária correção.

6. Considerações Finais

Não há dúvida de que é preciso eliminar a violência doméstica. Quanto a isto, não creio que haja divergência. Mas, a lei certamente vai gerar muita polêmica e ser fonte de merecida crítica. Algumas medidas, restrições e sanções previstas na lei, parecem-nos na contramão do processo historicocultural que envolve e conduz o Direito como instrumento de controle social e solução de conflitos individuais e interpessoais. São normas repressivas, restritivas ou, mesmo, protetivas que, a nosso ver, não são politicamente adequadas, nem se justificam juridicamente. E isto poderá comprometer a desejada efetividade desta nova lei.

A começar pela discutível legitimidade de se proibir a aplicação de pena alternativa. Nos casos de violência doméstica de menor ou média gravidade, não há justificativa para essa severa e preconceituosa proibição.

No entanto, cremos que o mais grave está no olhar preconceituoso da *Lei Maria da Penha*, que somente enxerga a violência doméstica e familiar cometida pelo homem. Os autores (ou autoras!) da lei não viram que os tempos mudaram. É evidente que a maior parte da violência doméstica ou familiar (e da violência em geral), ainda é cometida pelo homem. As estatísticas criminais comprovam esta assertiva, indicando que, historicamente, percentual da violência feminina têm sido mínimo, se comparado ao percentual da violência masculina.

Mas, não devemos esquecer que, também, são registrados casos de violência doméstica praticados pela mulher. E a lei, em sua miopia resultante da adoção da *doutrina da proteção unilateral*, só protege a mulher, mesmo que esta – com toda a fragilidade e delicadeza própria de seu sexo – eventualmente, possa estar do outro lado da relação de violência. Os homens que paguem agora o preço de séculos de opressão e de violência contra a mulher.

Lei Maria da Penha: inconstitucional por quê?

Texto extraído do **Jus Navigandi**
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10283>

Ana Raquel Colares dos Santos Linard

juíza titular do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte (CE)

A questão da violência doméstica, no período anterior ao advento da Lei 11.340/2006, recebia tratamento negligente e descompromissado por parte do Estado, para dizer o mínimo.

Com efeito, os crimes de lesão corporal e ameaça, delitos mais constantes no âmbito da violência familiar e doméstica, eram conceituados como crimes de menor potencial ofensivo. Destarte, recebiam o tratamento legal previsto pela Lei 9099/95, que, na grande maioria das vezes, ensejava, quando não a renúncia do direito de representação por parte da vítima – o que acarretava a extinção da punibilidade do agressor –, a imposição de transação penal ao autor do fato, sob a forma mais comum de doação de cestas básicas à entidade pública ou privada com destinação social (nos termos ditados pelo parágrafo 1º. do artigo 45 do CPB).

Tal situação configurava, obviamente, um estímulo à impunidade e servia de incentivo para o agressor manter-se numa postura arrogante e desafiadora ao aparelho estatal de repressão à violência.

Em meu cotidiano, não foram poucas as vezes em que tive que me deparar com agressores arrogantes e prepotentes, cuja conduta não se alterava sequer diante da autoridade judicial, não disponibilizando a lei qualquer instrumento ao julgador para reprimir com maior veemência tal comportamento criminoso ou disponibilizar à vítima uma proteção mais eficaz contra seu algoz, apesar de que tal proteção seria dever do Estado.

Igualmente, não raras foram as situações em que me senti intensamente constrangida ao presenciar a proposta de transação penal apresentada pelo Ministério Público – em idêntica situação de subordinação aos estritos termos da lei –, notadamente pela reação de surpresa que a vítima manifestava com a óbvia suavidade da sanção imposta ao seu agressor, concomitante com a sensação de que sua atitude teria sido inútil para os fins de intimidar seu agressor.

Assim, a entrada em vigor da chamada Lei Maria da Penha ensejou um sentimento misto de alegria e alívio nesta magistrada, notadamente pela decisão do legislador de imprimir tratamento mais rigoroso aos delitos ali abrangidos, dotando o julgador das ferramentas necessárias à uma repressão vigorosa de tais condutas, como também pela expectativa de que o Estado, enfim, atenderia às expectativas das vítimas, quanto à salvaguarda de sua integridade física e psicológica e do tratamento rigoroso a ser dispensado ao autor do fato.

Contudo, opiniões defendendo a inconstitucionalidade da lei em questão passaram a ser divulgadas, ocasionando, em alguns casos - notadamente quando o defensor do argumento se tratava de aplicador da lei – a paralisação do processo instaurado, com o conseqüente e óbvio prejuízo à vítima do ato criminoso, que permanecia sem a implementação de uma série de providências de que poderia dispor em seu benefício, considerado o sentido lato da expressão.

Mas por que a lei seria inconstitucional?

Um primeiro argumento referia-se ao **tratamento privilegiado dado pela lei à mulher vítima de agressão doméstica**, em detrimento do homem, em igual situação, o que infringiria o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal.

Resta óbvia a fragilidade de tal argumentação, na medida em que a intenção do legislador em nada se diferenciava da mesma que ensejou a elaboração de outros diplomas protetivos de minorias em situação de idêntica hipossuficiência, tais como idosos e crianças, de forma a, dessa maneira, efetivar o disposto pelo princípio constitucional da isonomia, cuja obediência pressupõe tratamento desigual aos desiguais, como defendia Aristóteles, ainda na Antiguidade.

Neste sentido, transcrevo trecho do artigo intitulado "A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA"^[01], o qual, pela sua síntese e clareza, esclarece a questão: "(...) Nesse contexto, a Lei Maria da Penha é um exemplo de ação afirmativa. Implementada no Brasil para a tutela do gênero feminino, justifica-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar."

Além de tal argumento, cuja insustentabilidade mostra-se evidente, **verifica-se um outro, o qual se baseia na afronta ao mandamento constitucional que prevê a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo.**

Uma análise do teor dos mandamentos constitucional e legal que regem a matéria demonstra, com absoluta singeleza, o descabimento da argumentação. Vejamos:

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

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

Conforme se pode verificar, a Constituição não definiu o que seria considerado legalmente como crime de menor potencial ofensivo, delegando tal tarefa ao legislador infraconstitucional, que o fez através da Lei 9099/95, em seu artigo 61, cuja redação foi posteriormente alterada pela Lei 11.313, de 28/06/2006:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, **as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.**

Ora, todos os normativos legais acima mencionados ostentam a qualidade de leis ordinárias, com absoluta igualdade no sistema de hierarquia das leis, o que, enseja a conclusão pela aplicabilidade do disposto no artigo 2º. da Lei de Introdução ao Código Civil para os fins de disciplinar o que seria um conflito de normas no tempo:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, **a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.**

§ 1º. **A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.**

§ 2º. **A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.**

§ 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Assim, da leitura do texto legal acima, poder-se-ia, numa primeira análise quedar-se pelo entendimento de que, ostentando a Lei Maria da Penha igual condição de lei ordinária ostentada pela Lei 9099/95, teria revogado esta no tocante à definição de infração de menor potencial ofensivo, nos termos disciplinados pela LICC.

No entanto, mantenho o entendimento de que a Lei Maria da Penha, na verdade, **estabelece disposições especiais a par das já existentes**, não tendo revogado a Lei 9099/95 (com sua modificação posterior) no tocante à definição de infração de menor potencial ofensivo, a qual prevalece para os delitos não abrangidos pela Lei Maria da Penha.

Ou seja, a Lei Maria da Penha não redefiniu a definição de infração de menor potencial ofensivo, mas antes estabeleceu tratamento diferenciado para os crimes de que trata, (e só para os crimes, diga-se de passagem) independentemente da pena prevista.

Trata-se, portanto, de lei especial e como tal, seus mandamentos derogam a lei geral, de acordo com o princípio da especialidade.

Portanto, evidencia-se a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, a qual, espera-se, seja aplicada com todo o seu vigor, de forma a tornar possível a efetiva repressão da conduta criminosa de agressores que, amparados por uma cultura machista que lhes outorgava poder de vida e morte sobre suas esposas e companheiras, acostumaram-se a não receber do aparelho estatal a equivalente reprimenda por seus atos covardes.

Igualmente, conclama-se aos operadores do Direito que compartilham da tese da inconstitucionalidade da lei ora sob estudo, que revejam seu posicionamento de forma a possibilitar o trâmite dos feitos abrangidos pelo mencionado diploma legal e, via de consequência, o acesso das vítimas ao seu complexo de medidas protetivas, cuja concretização, muitas vezes, significa a diferença entre a vida e a morte daquelas.

Nota

⁰¹ BARBOSA, Andressa Wanderley de Gusmão; CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias, publicado no site JUS NAVIGANDI, n. 1.497, de 07/08/2007.

A inconstitucionalidade da Lei 'Maria da Penha'

Dr. Arthur Luiz Pádua Marque

É Defensor Público, pós-graduado em Direito Público e sub-coordenador do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, na área de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, em vigência desde 22 de setembro de 2006, popularmente conhecida por lei "Maria da Penha" chegou para complicar ainda mais a aplicação e interpretação de algumas normas constitucionais e infraconstitucionais, colocando em risco o princípio da Supremacia da Constituição e ferindo de morte o art 5º, Inc I (Princípio da Isonomia) artigo 226, parágrafo 8º da Carta Constitucional.

Preleciona o artigo 5º da CF: "**Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição**". Preleciona ainda o parágrafo 8º do art. 226 das CF: "**O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações**". Diante destes dois preceitos Constitucionais é que faremos um raciocínio lógico respeitando o escalonamento normativo, estando a Constituição Federal no grau máximo da relação hierárquica das normas".

De início, devemos ressaltar a grande falha do legislador quando diz no intróito da lei 11.340/2006 e ainda no seu art. 1º que a referida lei tem a finalidade de regulamentar o parágrafo 8º do artigo 226 da CF, um vez que este dispositivo Constitucional não menciona o interesse em coibir a violência contra a mulher, mas fala claramente em coibir a violência no âmbito das relações familiares.

É do conhecimento de todos que nos dias hodiernos a violência contra a mulher ocorre mais freqüentemente. Mesmo observando este dado, a lei ora comentada fala genericamente em "mulher", ou seja, mãe, filha, avó, etc. Se um pai comete violência contra sua filha não terá ele vários benefícios da lei 9099/95(Ex. Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo) e será alcançado pela nova lei; mas se comete qualquer violência contra seu filho (menor, por exemplo) ou contra seu pai (idoso, por exemplo), terá, em tese, vários benefícios da lei 9099/95 e não será abrangido pela lei "Maria da Penha" contraindo ainda a importante proteção à criança ou adolescente e também ao idoso.

Diante do já mencionado, faço a seguinte indagação: Será que não há violência no âmbito familiar contra um filho (sexo masculino) Será que não há violência familiar contra um homem idoso? Será que uma criança de 5 anos de idade, que seja do sexo masculino, tem mais possibilidade de se defender do que uma outra da mesma idade que seja do sexo feminino? Será que um pai com 70 anos de idade não seria tão frágil quanto sua esposa com a mesma idade?

Estes são alguns exemplos que demonstram que a lei 11.340/06 é inconstitucional. Caso afirmem o contrário, deve-se afirmar também que pessoas do sexo masculino não fazem parte do âmbito familiar, pois nossa carta Constitucional (art. 226 parágrafo 8º supratranscrito) garantiu a proteção não só à mulher, mas à pessoa de um modo geral.

Não há nada de razoável nesta lei. O legislador, pensando apenas nos desentendimentos conjugais olvidou-se que no âmbito familiar não há apenas cônjuges; Há filhos, netos, idosos, e assim por diante. Da forma como trouxeram-nos estas normas, Magistrado, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Advogados e Delegados de polícia aplicando esta lei no caso concreto estarão sempre contemplando a desigualdade.

Hoje podemos observar que a intenção esposada no princípio da isonomia (Igualdade) de fato surtiu efeito. No decorrer das ultimas décadas, ou, para ser mais específico, após a Carta Constitucional de 1988, as mulheres vêm ganhando cada vez mais o respeito da sociedade e conquistando alguns espaços que nos tempos remotos eram apenas dos homens. Isso é fantástico! O que não podemos permitir é que novas normas, como a lei "Maria da Penha", ultrapassem o limite do razoável e venham a inverter o sentido da igualdade. Ora, se foi criada um norma pelo Poder Constituinte Originário ordenando que todos serão iguais em direitos e obrigações (cláusula pétrea), não podemos aceitar a aplicação de uma lei que absurdamente demonstra o princípio da Isonomia (Igualdade).

Em nosso sistema jurídico, quando uma norma infraconstitucional é contrária à Constituição Federal, dizemos que ela é inconstitucional. De acordo com a nossa melhor doutrina, a inconstitucionalidade pode ocorrer em dois momentos e de duas formas distintas. Quando houver vício na fase de iniciativa ou no decorrer do processo legislativo, dizemos que há uma inconstitucionalidade formal (ou nomodinâmica).

Por outro lado, quando há incompatibilidade do conteúdo da norma já produzida com uma norma constitucional, dizemos que uma inconstitucionalidade material (ou nomoestática). É importante frisar estes dois aspectos para que fique claro que em nenhum momento houve vício formal na produção desta lei, o que há, e isso é incontestável, é uma clara inconstitucionalidade material, ou seja, um contrariedade de conteúdo da lei " Maria da Penha" (Que deveria ter sido rejeitada pelo Poder Legislativo ou vetado pelo Presidente da República em um veto jurídico) para com os arts. 5º, inc I e 226, parágrafo 8º de nossa Carta Constitucional.

A situação atual da nova lei que veio para coibir a violência doméstica ou familiar contra a mulher é a seguinte:

"A partir do momento em que a lei foi votada pelo Poder Legislativo e não vetada pelo Presidente da República, passa-se à fase de promulgação e publicação da lei. A promulgação é apenas uma declaração da validade e executoriedade da lei. Como preleciona **José Afonso da Silva** em seu curso de Direito Constitucional Positivo, com o ato da promulgação a lei é válida, executória e potencialmente obrigatória. Apesar de existir no mundo jurídico, ela ainda deve ser publicada, uma vez que este é o ato que leva o conteúdo da nova lei ao conhecimento popular. Do ato da publicação tem-se estabelecido qual o momento em que o cumprimento da lei será exigido, ou seja, a partir de quando ela terá vigência".

A lei "Maria da Penha" passou por todas estas fases. Hoje, encontra-se válida, vigente e aplicável. Tanto que juízes e Tribunais reiteradamente estão aplicando as normas contidas na lei 11.340/ 06.

Finalizando a tese da Inconstitucionalidade da comentada lei, entendo que dois são os possíveis caminhos a serem trilhados:

1º) Sem inviabilizar a aplicação das normas contidas na lei 11.340/06 e antes que a declarem inconstitucional, entendo que outra lei deveria ser produzida no sentido de serem feitas duas correções:

Sem inviabilizar a aplicação das normas contidas na lei 11.340/06 e antes que a declarem inconstitucional, entendo que outra lei deveria ser produzida no sentido de serem feitas duas correções:

"Nos dispositivos onde está prevista a expressão "proteção à mulher" ou "ofendida", que seja alterada para "proteção à pessoa" ou "à pessoa ofendida".

Ao invés de dar a lei o nome de "Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher" que lhe batize de " Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra à Pessoa".

Não sendo produzida esta alteração:

2º) A aplicação da lei 11.340/06 deve ser inviabilizada através de um controle de constitucionalidade na via difusa (incidentalmente), discutindo a matéria do primeiro ao último grau de jurisdição, suspendendo a execução da lei através de resolução expedida pelo Senado Federal (V.52, Inc X da CF) e ainda através do controle de constitucionalidade concentrado, feito através de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade a ser julgada originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, declarando a invalidação da lei e expurgando-a do nosso sistema.

A aplicação da lei 11.340/06 deve ser inviabilizada através de um controle de constitucionalidade na via difusa (incidentalmente), discutindo a matéria do primeiro ao último grau de jurisdição, suspendendo a execução da lei através de resolução expedida pelo Senado Federal (V.52, Inc X da CF) e ainda através do controle de constitucionalidade concentrado, feito através de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade a ser julgada originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, declarando a invalidação da lei e expurgando-a do nosso sistema.

Creio que de uma forma ou de outra, com a contribuição da doutrina e dos que atuam na área jurídica, um desses caminhos serão seguidos. Assim sendo, será preservado o princípio da Supremacia da Constituição evitando uma conseqüente afronta ao Estado Democrático de Direito.

A violência no setor saúde

Maria Helena Palucci Marziale

Site: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692004000200001&script=sci_arttext>

Editor da Revista Latino-Americana de Enfermagem, Professor Livre-Docente da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, Centro Colaborador da OMS para o desenvolvimento da pesquisa em enfermagem, e-mail: marziale@eerp.usp.br

A violência é um problema social e de saúde pública que ameaça o desenvolvimento dos povos, afeta a qualidade de vida e erosiona o tecido social. É um fenômeno mundial que atravessa todas as fronteiras, que independe de raça, idade, condição socioeconômica, educação, credo ou religião, orientação sexual e local de trabalho. Atualmente atinge proporções epidêmicas, com amplas ramificações na atenção a saúde⁽¹⁾.

No entanto, a violência não é algo novo, a história de Caim e Abel na Bíblia é exemplo de como é quase impossível descrever qualquer trajetória humana sem reconhecer a convivência com o uso da força, da experiência de dominação e das tentativas de exclusão do outro⁽²⁾.

Um dos problemas principais do fenômeno da violência é sua etiologia e sua pluricausalidade. É simples dizer que a violência se enraíza nos fundamentos das relações sociais, é muito difícil determinar suas causas. Existem correntes que a sustentam como resultante de necessidades biológicas, outra que a explica partir dos indivíduos, outras que a reconhecem como um fenômeno de causalidade apenas social provocada ora por ruptura da ordem, ora pela vingança dos oprimidos, ora pela fraqueza do Estado⁽²⁾.

A violência é definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como o "uso intencional da força ou poder em uma forma de ameaça ou efetivamente, contra si mesmo, outra pessoa ou grupo ou comunidade, que ocasiona ou tem grandes probabilidades de ocasionar lesão, morte, dano psíquico, alterações do desenvolvimento ou privações"⁽³⁾.

Além dos conflitos civis e das guerras, a violência pode ser, física, sexual, mental e moral. É um termo genérico que inclui todo o tipo de abusos: o comportamento que humilha, degrada ou danifica o bem estar, a dignidade e o valor da pessoa⁽¹⁾.

Dentre os aspectos atualmente preocupantes, está a magnitude do problema apresentado pelas mortes por homicídios e suicídios, violência intra-familiar, sexual, contra crianças, adolescentes, idosos, mulheres e no trabalho⁽⁴⁾.

No que se refere a violência no trabalho no setor saúde, diante do expressivo número de trabalhadores acometidos pelo referido fenômeno, em todo o mundo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Conselho Internacional de Enfermeiras (CIE) e Internacional de Servicios Públicos (ISP) estabeleceram um programa conjunto de diretrizes traçadas com o propósito de ajudar estes profissionais a combater o medo, as agressões, a humilhação e inclusive homicídios em seus locais de trabalho⁽⁵⁾.

Esta iniciativa se adota como resposta ao problema da violência nos hospitais e outros centros de saúde dos países em desenvolvimento e desenvolvidos, uma vez que investigações realizadas constataram que cerca de 25% dos acidentes violentos no trabalho ocorrem no setor saúde e que mais de 50% dos trabalhadores da área já experimentou incidentes desta natureza⁽⁵⁾.

Especialista em segurança e saúde internacional⁽⁶⁾ afirma que a violência sofrida por trabalhadores do setor saúde vai além das agressões e das ofensas individuais, pois coloca em perigo a qualidade da assistência prestada, a produtividade e o desenvolvimento; considera ainda que suas consequências repercutem consideravelmente na eficácia dos sistemas de saúde sobretudo em países em desenvolvimento.

Evidências comprovam que a maior incidência dos delitos de violência corresponde aos trabalhadores de ambulâncias que atuam no atendimento pré-hospitalar, enfermeiras e médicos. Os grandes hospitais de zonas residenciais, densamente povoadas ou com alto índice de criminalidade, bem como os que se localizam em lugares isolados são particularmente vulneráveis⁽⁶⁾.

As diretrizes traçadas pela OIT/OMS/CIE/ISP⁽⁵⁾ tem como finalidade ajudar a todos os responsáveis pela segurança dos locais de trabalho, governos, empregadores, trabalhadores, sindicatos, entidades profissionais e público em geral, enfocando como o problema deve ser abordado no setor saúde, descrever os tipos de

intervenções possíveis de serem implementadas considerando as realidades locais, determinar, avaliar e diminuir os riscos por meio de medidas preventivas , bem como reduzir ao mínimo as repercussões da violência e evitar que esta se repita. Assim recomendamos a todos a leitura do referido documento que pode ser acessado gratuitamente pelo endereço

<http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/papers/health/guidelines.pdf>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Consejo Internacional de Enfermaras - CIE. (SWZ). La violència: epidemia mundial [seriado en linea]. 2004. [consultado 17 febrero] ; [2 pantallas] . Disponivel en: URL: <http://www.icn.ch/matters_violencesp.html>
2. Minayo MCdeS. Violência como indicador de qualidade de vida. Acta Paul Enfermagem 2000; 3(nº especial):159-80.
3. Organização Mundial da Saúde. Informe mundial sobre la violencia y salud. Ginebra (SWZ): OMS; 2002.
4. Organización Panamericana de la salud. Organización mundial de la salud. Informes finales del 44 Consejo Directivo. 55ª Sesión del Comité Regional; 22-26 sep 2003; Ginebra (SWZ): OPS; 2003.
5. Organización Internacional de Enfermeras, Organización Mundial de la Salud y Internacional de Servicios Públicos. Directrices marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud. Ginebra (SWZ): OIT/CIE/OMS/ISP; 2002.
6. Di Martino V. Workplace violence in the health sector - country case studies (Brazil, Bulgaria, Lebanon, Portugal, South Africa, Thailand, and an additional Australian study): synthesis report. Ginebra (SWZ): OIT/OMS/CIE/ISP; 2002.

Princípios Penais e Penais Constitucionais, por Silmara Aguiar Mendez

Site: <<http://www.monografias.brasilecola.com/direito/principios-penais-penais-constitucionais.htm>>

1) Princípio da Legalidade Art 1º do CP e art 5º inciso XXXIX da CF

O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Estado de direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei. Preleciona Paulo Bonavides:

"O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas".

Hoje, os países que possuem uma Constituição rígida, ou seja, aquelas cuja modificação de seu texto somente pode ser realizada por meio de um procedimento qualificado de emendas, que obedeça não só à forma constitucionalmente prevista para tanto, bem como às matérias que poderão ser objeto dessa modificação, adotam um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição, como fonte de validade de todas as normas, não pode ser contrariada pela legislação que lhe é inferior. Como instrumento de defesa da hierarquia constitucional existe o controle de constitucionalidade das leis.

INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

O princípio da legalidade vem insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que diz: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal - redação que pouco difere daquela contida no art. 1º do Código Penal.

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. Por essa razão, von Liszt dizia que o Código Penal era a Carta Magna do delinquente.

Atribui-se a origem desse princípio à Carta Magna Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, cujo art. 39 vinha assim redigido:

"Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País."

O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984.

IMPORTANTE : Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador; ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção. Atribui-se a formulação latina do princípio da reserva legal –*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* - a Feuerbach, em seu Tratado de Direito Penal, que veio a lume em 1801.5 Feuerbach asseverava:

"I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. 11) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada

(nulla pena sine crimine). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (nullum crimen sine poena legalz). Conseqüentemente, o mal, como conseqüência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada."

Na primeira parte do art. 70. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já se afirmava: Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas.

FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

1 a) proibir a retroatividade da lei penal (nullum crimen nulla poena sine lege praevia);(Princípio da Anterioridade ou da Irretroatividade da lei Penal)

2a) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (nullum crimen nulla poena sine lege scripta);(Princípio da Reserva legal ,A lei penal tem que ser escrita)

3a) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta);(Proibição da analogia in mallam partem)

4a) proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa).(Princípio da Taxatividade)

definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa.

Princípios penais decorrentes do Princípio da Legalidade:

A) Princípio da anterioridade da lei penal: uma pessoa só pode ser punida, se á época do fato por ela praticado, já estava em vigor a lei que descrevia o delito. Assim consagra-se a irretroatividade da lei penal .

O inciso XL do art. 5º. da Constituição Federal, em reforço ao princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A regra constitucional, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente. Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o (nullum crimen nulla poena sine lege praevia).

B) Princípio da reserva legal : apenas a lei em sentido formal pode descrever condutas criminosas. É vedado ao legislador utilizar-se de decretos, medidas provisórias ou outras formas legislativas para incriminar condutas.

A certeza da proibição somente decorre da lei. Como preleciona Assis Toledo, "da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval".⁷ A fonte de conhecimento imediata do Direito Penal é a lei. Sem ela não se pode proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção (nullum crimen nulla poena sine lege scripta).

C) Princípio da taxatividade:

A lei Penal deve ser clara e precisa, de forma que o destinatário da lei possa compreendê-la. sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa.

Implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos.

Exemplos de tais conceitos vagos ou imprecisos seriam encontrados naqueles tipos penais que contivessem em seu preceito primário a seguinte redação: "São proibidas quaisquer condutas que atentem contra os interesses da pátria". O que isso significa realmente? Quais são essas condutas que atentam contra os interesses da pátria? O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talento, alargar a sua abrangência, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como já aconteceu na história do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália fascista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique.

Temos um exemplo bem nítido do que seja um conceito vago ou impreciso no art. 9º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), assim redigido:

Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos.

Ora, como se tenta submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país?

Tal conduta, obviamente, será aquela que atente contra a vontade do tirano, e, por essa razão, tal artigo não pode sobreviver diante do princípio da legalidade.

Outros princípios importantes:

1) Princípio da intervenção mínima

Intervenção mínima significa que o direito penal só deve cuidar de situações graves, de modo que o juiz criminal só venha a ser acionado para solucionar fatos relevantes para a coletividade. É um princípio a ser observado prioritariamente pelo legislador na criação das leis penais. A razão deste princípio é pelo fato da sanção penal atingir um bem jurídico fundamental do ser humano ou seja a liberdade.

Por isso sendo possível outro ramos do direito devem abranger situação menos graves, deixando para o Direito penal situações mais graves que justifiquem a necessidade de restringir a liberdade.

2) Princípio da Insignificância

Na prática, uma decorrência do princípio da intervenção mínima foi o reconhecimento do princípio da insignificância, não considerando delitos a lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal que é de tal forma irrisória que não justifica a movimentação da máquina judiciária. Tem sido aceito em crimes como furto (de uma bala, p. ex.), sonegação fiscal (de R\$ 1,00, p. ex.), lesão corporal (uma alfinetada, p. ex.). É evidente que não há como se cogitar da aplicação desse princípio em crimes com ele incompatíveis, como ocorre, dentre outros, com o homicídio ou o estupro.

3) Princípio do in dubio pro reo

Se persistir dúvida, após a utilização de todas as formas interpretativas, a questão deverá ser resolvida da maneira mais favorável ao réu.

4) Princípio da vedação do bis in idem

Significa que ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo fato. Além disso, por esse princípio, determinada circunstância não pode ser empregada duas vezes em relação ao mesmo crime, quer para agravar, quer para reduzir a pena. Assim, quando alguém comete um homicídio por motivo fútil, incide a qualificadora do art. 121, § 2º, III, do Código Penal, mas não pode ser aplicada, concomitantemente, a agravante genérica do motivo fútil, prevista no art. 61, III, a.

Por **Silmara Aguiar Mendez**

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM RELAÇÃO À LEI 11.340/06

Roberto Junqueira NAVARRO1

Site: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/issue/view/34>>

Resumo : Por várias décadas a mulher foi ignorada pela sociedade e castigada no lar. Não tinha direito algum em comparação aos direitos dos homens. Na sociedade, não tinha vez e voz. No lar, era submetida a várias formas de humilhação e sofrimento, sem direito de defesa, sem ter a quem recorrer. Uma de suas funções era tomar conta dos afazeres domésticos. A violência contra a mulher é um delito muito mais comum do que imaginamos. Podemos até dizer que é crime cultural e acompanhou o crescimento e evolução da sociedade.

Fora do lar era discriminada. O preconceito predominava. Não tinha direito de escolha. Não podia sequer participar de eventos, praticar religião, nem mesmo ser contemplada com educação. O trabalho aborda o avanço em busca da dignidade, que começou com a Constituição de 1988, mas se consolidou com a "Lei Maria da Penha"

PALAVRAS-CHAVES: Isonomia. Dignidade. Mulheres. Violência. Lei 11.340/2006

Introdução

A luta pelos direitos da mulher vem sendo travada há tempos, muito embora somente pouco tempo atrás tenham sido obtidos alguns resultados. De um passado em que elas não eram respeitadas, chega-se a um presente de realizações feministas, sendo possível vislumbrar-se um futuro de

1 Aluno do curso de direito, noturno, 1º ano, das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

plena igualdade de direitos entre homens e mulheres. A evolução dos direitos femininos vem galgando degraus dia após dia, concretizando-se em um vasto trabalho realizado por elas na busca de igualdade. Em 1988, com a publicação da nova Constituição Federal brasileira, ficou reconhecida, de uma vez por todas, a igualdade entre o homem e a mulher. Já em seu primeiro artigo do Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Carta Magna coloca homens e mulheres em posição de equidade, veja: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição;
(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; Os princípios são fontes de sustentabilidade para todos os ramos do direito, regulando tanto em sua formação como na aplicação. Em relação ao Direito Processual Penal não poderia ser diferente, para Miguel Reale, "toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios" (1991, p. 299). O princípio da isonomia é o que assegura a igualdade das partes, e advém da garantia constitucional, é o tratamento igualitário a todos os cidadãos perante a lei. O "caput" do art. 5º da Constituição Federal de 1988 menciona que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:".

Para Maria Berenice Dias, "leis voltadas a parcelas da população merecedoras de especial proteção procuram igualar quem é desigual, o que nem de longe infringe o principio isonômico" (2007, p. 55). Posto isso, o principio da isonomia vem proteger na medida exata as mulheres que sofrem qualquer espécie de violência familiar, apagando um passado no qual a mulher era discriminada e não tinha qualquer ajuda "especial" da justiça. Já, no tocante ao principio da dignidade da pessoa humana, um outro principio não menos importante, assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu 1º artigo, inciso III, diz: Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – omissis;

II – omissis;

III - a dignidade da pessoa humana

Para "dar vida" a tal principio, é de extrema importância entendermos o que significa dignidade. Ela exprime-se em grandeza moral, honra, caráter, entre outros. Também podemos caracterizá-la como o cumprimento de deveres e obrigações como também o respeito ao próximo.

No tocante ao tema, Karl Larenz simplifica: [...] a dignidade da pessoa humana é o direito de todo ser humano em ser respeitado como pessoa que é, não ser prejudicado em sua existência (vida, corpo e saúde) e usufruir de um âmbito existencial próprio. (1978, p. 46). Juliana Belloque, traz que: “é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe que sejam tratados desigualmente os desiguais”. (2006, p. 88). Ademais, Alexandre de Moraes, traz que: “para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável” (2006, p. 62). Sendo assim, é claro que o princípio da dignidade da pessoa humana esta sendo respeitado sem qualquer exagero em defender e inibir ações de violência contra a mulher. “Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, conseqüências de um passado discriminatório” (BELLOQUE, 2006, p. 26). A violência doméstica deve ser entendida como crime. Ainda que seja um crime complexo, pois acontece dentro de um suposto lar, onde todos deveriam encontrar segurança, ela deve ser enfrentada e combatida. As mulheres são as vítimas em potencial, muito embora crianças, adolescentes e idosos também possam sofrer com esse tipo de violência. A violência doméstica é definida como qualquer tipo de abuso físico, sexual ou emocional perpetrado por um parceiro contra o outro, em um relacionamento íntimo passado ou atual. Em um sentido mais amplo, a violência doméstica refere-se também ao abuso de crianças e de idosos no ambiente doméstico (ZILBERMAN, 2005, p. 552). Com a promulgação da Lei intitulada “Maria da Penha”, foram modificados, o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, acabando com as chamadas penas pecuniárias, como o pagamento de multas ou doação de cestas básicas, que é a pena a qual se submetiam os agressores domésticos anteriormente. A lei 11.340/06 especificou, definiu a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabeleceu as formas de violência doméstica, contra ela como, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Compreendemos então que, a agressão à mulher deve ser encarada como uma violação dos direitos humanos, sendo assim, uma sociedade que não cria mecanismos de proteção, defesa e repreensão dessa violação se põe conivente com essa atrocidade, ferindo seus próprios princípios constitucionais. A Lei Maria da Penha é um avanço significativo no que melhora as medidas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, sendo este, um instrumento que visa coibir as agressões. Podemos utilizar as palavras do ilustre processualista civil Nelson Nery Jr. que diz, “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (1996, p. 43). Esta passagem diz, praticamente tudo, no tocante à possível agressão aos princípios isonômicos constitucionais. Por mais que a mulher possua equidade em comparação aos homens, elas nunca serão “completamente” capazes enquanto existir “homens”, que abusem de sua força e de sua posição perante as mulheres, pois desse modo sempre haverá a necessidade de o estado intervir. A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade/isonomia de direitos. 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 desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois, o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (Direito público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59). Pois bem, nesse contexto, afirma o art. 5º, I, da CF, que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*. A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Conseqüentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria Constituição (art. 7º, XVIII, e XIX; 143, §§ 1º e 2º; 202, I e II), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo; nunca, porém, beneficiando um deles. Nessa seara de idéias, em consonância com os aspectos constitucionais, temos a Lei 11.340/06. Apesar do que dizem algumas vozes respeitáveis, a lei em questão não padece de qualquer tipo de inconstitucionalidade por prever diferente tratamento, pelos mesmos crimes, aos

infratores que praticam violência contra o homem e contra a mulher. A igualdade de tratamento, prevista na Constituição e que independe de gênero, deve ser interpretada não de forma simplista e literal, mas sim de acordo com as necessidades da sociedade em que vivemos. Toda discussão a respeito de inconstitucionalidade de norma envolve uma discussão na qual se corre o risco de se privilegiar a teoria em detrimento da realidade fática. Ao contrário do que alguns poderiam pensar, o direito existe para ser aplicado no mundo concreto não compondo uma dimensão separada onde os fatos não importam; a norma serve para a garantia social e realização do bem comum, devendo-se, na esteira da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, descartar as interpretações que conduzem à perpetuação de situações danosas à coletividade, especialmente aos setores que, por circunstâncias, demandam uma maior proteção jurídica. É inegável que a mulher, por razões históricas e biológicas têm sido, ao longo dos séculos, vítima por excelência de violência física e emocional, tanto como indivíduo como grupo e que os avanços jurídicos e culturais das últimas décadas ainda não conseguiram reverter esse quadro no rumo da igualdade estipulada pela Constituição. A partir de tal situação é também inegável que a mulher, enquanto vítima de violência, demanda uma maior proteção jurídica, não se podendo usar a garantia constitucional de igualdade – luta de décadas dos movimentos sociais – como ferramenta de permanência de uma situação injusta. Na verdade, como instrumento de *ação afirmativa*, a lei *Maria da Penha* irá contribuir para traduzir, no mundo real, a igualdade constitucional brandida como falso fundamento de sua injuridicidade. Assim, a lei em questão é constitucional porque ela serve à igualdade de fato e como fator de cumprimento dos termos da Carta Magna.

Conclusão

Pode-se concluir que, a Lei n. 11.340/06, veio como auxílio à mulher vítima de violência. Não se trata de um crime que pode se reprimido com uma simples punição a quem o cometeu, ele deve ser estudado e tratado como questão social, pois o mesmo possui fundo histórico e abrange toda a sociedade. Entretanto, enquanto a violência doméstica for um assunto velado, pouco se poderá fazer em prol da diminuição do número de delitos cometidos. Esse é um assunto que deve ser discutido, combatido e reprimido, pois a aceitação tácita da sociedade com relação à violência a torna muito mais grave. Concluímos que, todos os direitos devem ser respeitados, sem distinção de gênero, e a sociedade tem papel fundamental para que isso ocorra, exigindo, fiscalizando e buscando modificações nas leis e no papel que a justiça exerce para a população. A lei Maria da Penha é apenas o começo para que seja modificado todo o histórico dos direitos da mulher. Veja abaixo as inovações trazidas com a lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

INOVAÇÕES GERAIS

- Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher.
- Estabelece as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.
- Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual.
- Determina que a mulher somente poderá renunciar à denúncia perante o juiz.
- Ficam proibidas as penas pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas).
- É vedada a entrega da intimação pela mulher ao agressor.
- A mulher vítima de violência doméstica será notificada dos atos processuais, em especial quando do ingresso e saída da prisão do agressor.
- A mulher deverá estar acompanhada de advogado(a) ou defensor(a) em todos os atos processuais.
- Retira dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/95) a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher.
- Altera o código de processo penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher.
- Altera a lei de execuções penais para permitir o juiz que determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.
- Determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger as questões de família decorrentes da violência contra a mulher.
- Caso a violência doméstica seja cometida contra mulher com deficiência, a pena será aumentada em 1/3.

AUTORIDADE POLICIAL

- Prevê um capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial para os casos de violência doméstica contra a mulher.
- Permite a autoridade policial prender o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência doméstica contra a mulher.
- Registra o boletim de ocorrência e instaura o inquérito policial (composto pelos depoimentos da vítima, do agressor, das testemunhas e de provas documentais e periciais).
- Remete o inquérito policial ao Ministério Público.
- Pode requerer ao juiz, em 48h, que sejam concedidas diversas medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência.
- Solicita ao juiz a decretação da prisão preventiva com base na nova lei que altera o código de processo penal.

PROCESSO JUDICIAL

- O juiz poderá conceder, no prazo de 48h, medidas protetivas de urgência (suspensão do porte de armas do agressor, afastamento do agressor do lar, distanciamento da vítima, dentre outras), dependendo da situação.
- O juiz do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher terá competência para apreciar o crime e os casos que envolverem questões de família (pensão, separação, guarda de filhos etc.).
- O Ministério Público apresentará denúncia ao juiz e poderá propor penas de 3 meses a 3 anos de detenção, cabendo ao juiz a decisão e a sentença final.

Referências bibliográficas

BELLOQUE, Juliana. **Manual de capacitação multidisciplinar: lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 – lei maria da penha**. 3ª ed. Brasil, disponível em: <<http://ww.tj.mt.gov.br/intranet.arq>>.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Brasil, 2006, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 2008.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Ministério público e a lei maria da penha**. Brasil, 2006, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9305>>

LEI MARIA DA PENHA - Discriminação aos homens?

Autor: Débora Cibele Oliveira

Período: Acadêmica do 8º Período de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

Site: < <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24187/lei-maria-da-penha-discriminacao-aos-homens>>

Como sabemos, o drama da Sra. Maria da Penha serviu de inspiração para desenvolver no Brasil lutas contra a violência doméstica que vitima as mulheres.

Um dos frutos dessa luta foi a aprovação da Lei 11.340 sancionada em 07 de Agosto de 2006, então batizada de LEI MARIA DA PENHA, pois tem como objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentre esses mecanismos, inclui as medidas preventivas, assistenciais, protetivas, com caráter de urgência, e um atendimento especial pela autoridade policial.

A Lei Maria da Penha veio alterar de forma significativa o Código Penal Brasileiro, como, por exemplo, o aumento da pena para quem pratica violência doméstica, que antes era encarada como agressão corporal e julgada pelo Juizado Especial Criminal. Além disso, o agressor poderá ser preso em flagrante.

Como se percebe, esta Lei é inconstitucional. De início, porque agride de forma frontal o "caput" do art. 5º da Constituição da República, quando diz que todos são iguais perante a Lei." Fere também a outros dispositivos constitucionais, como:

Art. 19 da CF: "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

E, ainda, o art. 226, § 5º da Constituição, que reza: " Os Direitos e Deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

A Lei 11.340/06 está contaminada por vício de inconstitucionalidade, muitas doutrinas afirmam que a Lei Maria da Penha fere frontalmente o Princípio da Isonomia, acreditando que a mesma faz discriminação em relação aos homens que não possuem a mesma proteção, uma vez que grande parte dos casos de violência doméstica tem as mulheres como vítimas, logo, a Lei também está ferindo os Princípios da Igualdade e da Proporcionalidade. Ademais, a mulher vítima seria beneficiada por melhores mecanismos de proteção e de punição contra o agressor. Já o homem não disporia de tais instrumentos quando fosse vítima da violência doméstica ou familiar.

Percebemos que, ao criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica, a Lei Maria da Penha atropelou importantes preceitos constitucionais.

Primeiramente, o texto constitucional é permeado de vedações sobre discriminação, inclusive a sexual, que está expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, entre os Direitos e Garantias fundamentais que a Constituição estabelece, está o de que o legislador está proibido de estabelecer diferenças entre homens e mulheres, pois o art.5º, inciso I, prescreve que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Portanto, não cabe à Lei Ordinária contrariar preceito constitucional, ainda que provida de boas intenções.

Tal discriminação é descabida, pois os homens também podem ser vítimas de violência doméstica familiar. Aliás, este entendimento é plenamente condizente com a realidade, uma vez que se inclui no tipo penal violência psíquica, o que é muito noticiado pelos meios de comunicação.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão (07/08/2007), sinalizou a existência de tal inconstitucionalidade, mas preferiu decidir permitindo a aplicação da Lei também aos homens que requererem tal processamento. A Lei continua prejudicada por vício de inconstitucionalidade, mas com outro fundamento, como podemos perceber pela jurisprudência:

"E M E N T A - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 - RECURSO MINISTERIAL - PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 - VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE - DECISÃO MANTIDA - COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - IMPROVIDO."

(Relator - Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes - Recurso em Sentido Estrito - N. 2007.023422-4/0000-00 - Itaporã/2007)

Contudo, parto da premissa de que qualquer Lei pode e deve ser interpretada pelo Juiz, quanto a seu Objetivo e Origem, isto é, se somos capazes de reinterpretar o Código Penal na busca de enquadrarmos os crimes cometidos pela internet, por que não aplicarmos o princípio da Lei Maria da Penha em uma Mulher que tenha feito um Homem passar pelo que a Lei discrimina como crime?

Portanto, não é a Lei, neste caso que é Inconstitucional, e sim a interpretação de sua aplicabilidade, isto é, se quando questionado o Judiciário mantiver a restrição estará tornando-a inconstitucional, porém, se quando questionado estendê-la, o Judiciário apenas e tão-somente a estará aperfeiçoando.

O que é jurisprudência, senão a reiteração oficial da aplicabilidade e extensão de uma Lei pelo Judiciário.

Desta forma, não tiro a razão da referida Lei em punir, com rigor, os "machões" agressores compulsivos. Deve-se, apenas, aplicar essa Lei de forma abrangente. Tanto pra homem, quanto para mulher.

Uma breve análise da Lei Maria da Penha

Texto extraído do **Jus Navigandi**

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12330>

Fábio Dantas de Oliveira

Assessor de Procurador de Justiça. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Sergipe (FASE), Pós-Graduado em Direito Educacional pela Universidade Tiradentes (UNIT).

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), criada para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tem se mostrado bastante polêmica no cenário jurídico pátrio, gerando palpitantes debates.

A referida lei ganhou este nome em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense que foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros, que tentou assassiná-la por duas vezes.^[01]

Segundo estabelece o art. 226, § 8º da Constituição Federal, "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Conforme se observa, a Carta Magna demonstra, de forma expressa, a necessidade de políticas públicas no sentido de coibir e erradicar a violência doméstica. Segundo Dias, ao fazer uma análise do ciclo de violência contra a mulher:

Os resultados são perversos. Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, 30% das mulheres foram forçadas nas primeiras experiências sexuais; 52% são alvo de assédio sexual; 69% já foram agredidas ou violadas. Isso tudo, sem contar o número de homicídios praticados pelo marido ou companheiro sob a alegação de legítima defesa da honra.

Ainda que tais dados sejam surpreendentes, é preciso atentar que esses números não retratam a realidade, pois a violência é subnotificada, somente 10% das agressões sofridas por mulheres são levadas ao conhecimento da polícia. É difícil denunciar alguém que reside sob o mesmo teto, pessoa com quem se tem um vínculo afetivo e filhos em comum e que, não raro, é o responsável pela subsistência da família. A conclusão só pode ser uma: as mulheres nunca param de apanhar, sendo a sua casa o lugar mais perigoso para elas e os filhos.^[02]

Quanto à sua abrangência, a Lei objeto de análise se destina tão-somente às mulheres em situação de violência:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Vale destacar que, no momento em que a lei abriga a mulher, sem a distinção de sua orientação sexual, o alcance da norma abrange tanto as lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. Na lição de Dias:

No que diz com o sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenha identidade com o sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica.^[03]

Essa delimitação ao sexo feminino suscitou um possível questionamento acerca da inconstitucionalidade da lei em comento por haver violação ao princípio da isonomia previsto nos arts. 5º, inc. I e 226, 8º da Carta Magna. Na dicção de Santin *apud* Cunha e Pinto:

Como se vê o pretexto de proteger a mulher numa pseudopostura "politicamente correta" a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento do homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger

especialmente a mulher, numa aparente formação da casta feminina.^[04]

Por outro lado, parte da doutrina se inclina pela aplicação de uma norma de proteção às mulheres que se encontram em posição de inferioridade em relação aos homens, sendo na maior parte das vezes as principais vítimas no âmbito da violência doméstica.

É certo que a Constituição Federal, no art. 5º, *caput*, e inciso I, consagra que todos devem ser iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Entretanto, deve-se buscar não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade material, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.^[05]

Conforme ensinamento de Lenza:

Isso porque, no estado Social Ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Esses critérios podem servir de parâmetros para a aplicação das denominadas discriminações positivas, ou *affirmatives actions*, na medida em que, segundo David Araújo e Nunes Júnior, "... o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições."^[06]

Portanto, a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase, na medida em que dispensou à mulher um tratamento diferenciado, como forma de reparar uma omissão histórica do Estado e da sociedade brasileira diante da violência constatada nas relações afetivas ou de coabitação. Não se deve olvidar que o ordenamento pátrio por diversas vezes tratou de forma distinta homens e mulheres, a exemplo do art. 100, inc. I, do CPC, que determina o foro especial da mulher na ação de separação e divórcio.

Esse tratamento diferenciado objetiva corrigir a discrepância entre o ideal igualitário predominante nas sociedades democráticas modernas e encontra guarida em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro.

Vale ressaltar que já existe farta jurisprudência no sentido de reconhecer a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, a exemplo do seguinte julgado.

CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÕES CORPORAIS - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - PENA EXACERBADA - REDUÇÃO - SUBSTITUIÇÃO OU SUSPENSÃO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE. 1) Ainda que a Lei 11.340/06 contenha pontos polêmicos e questionáveis, não há que se falar em inconstitucionalidade da chamada Lei Maria da Penha, pois a interpretação do princípio constitucional da igualdade ou da isonomia não pode limitar-se à forma semântica do termo, valendo lembrar que, igualdade, desde Aristóteles, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. 2) Tendo a pena afliativa sido fixada com certa exacerbação, impõe-se adequá-la em quantidade necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito. 3) Sendo o agente reincidente e tendo o delito sido praticado com violência contra pessoa, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44), bem como a suspensão da execução da pena (art. 77), em face da ausência de requisitos subjetivos para a sua concessão. 4. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.^[07]

Como bem salientou o Tribunal de Justiça mineiro, mesmo que haja alguns pontos polêmicos e questionáveis na Lei Maria da Penha, devem ser estendidos seus efeitos a todos os discriminados que buscarem o Poder Judiciário, não sendo necessária a eliminação da norma no ordenamento jurídico. Seguindo essa esteira de raciocínio:

LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06)- INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU COMO ÓBICE À ANÁLISE DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REQUERIDAS - DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE SE RESOLVE A FAVOR DA MANUTENÇÃO DA NORMA AFASTANDO-SE A DISCRIMINAÇÃO - AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A ANÁLISE DO PEDIDO. A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso,

não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela prevista, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal se compatibilizam e harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar. Inviável, por isto mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção, acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade sendo-lhe lícito determinar as provas que entenderem pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice.^[08]

Observando essa orientação, em decisão inédita o juiz titular do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, Mário Roberto Kono de Oliveira, determinou por analogia a aplicação de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha a um homem que vinha sofrendo constantes ameaças da ex-companheira, após o fim do relacionamento, cuja decisão se segue:

Autos de 1074/2008

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulada por CELSO BORDEGATTO, contra MÁRCIA CRISTINA FERREIRA DIAS, em autos de crime de ameaça, onde o requerente figura como vítima e a requerida como autora do fato.

O pedido tem por fundamento fático, as várias agressões físicas, psicológicas e financeiras perpetradas pela autora dos fatos e sofridas pela vítima e, para tanto instrui o pedido com vários documentos como: registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo avariado pela vítima, e inúmeros e-mails difamatórios e intimidatórios enviados pela autora dos fatos à vítima. Por fundamento de direito requer a aplicação da Lei de nº. 11.340, denominada "Lei Maria da Penha", por analogia, já que inexistente lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. Resumidamente, é o relatório.

DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a "fêmea" a seus caprichos, à sua vilania e tirania.

Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignados em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia trouxe inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu jugo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu trânsito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc.

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: "Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: "Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz" (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10 ed. p. 48). Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres "à beira de um ataque de nervos", que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso.

Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.

No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1) que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2) que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C.^[09]

Destarte, não há que se falar em afastamento da lei do ordenamento jurídico sob ofensa à isonomia, mas aplicá-la por analogia àqueles que buscarem o Poder Judiciário, como bem analisou o Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, na decisão supracitada.

Quanto à modalidade de violência denominada doméstica, a lei objeto de estudo engloba, além da violência física e sexual, a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral contra a mulher, conforme se verifica no art. 5º:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.^[10]

O sujeito ativo do crime praticado contra mulher pode ser qualquer pessoa, devendo-se levar em consideração tão-somente se foi o mesmo praticado no âmbito da relação doméstica, de relação familiar ou de intimidade, não importando o gênero do agressor. Este, no caso do inciso I, deve necessariamente conviver de forma continuada com a vítima, abrangendo-se nesta definição os empregados domésticos, ou seja, os "esporadicamente agregados". Já no caso do inciso II, a definição de família vai além das definições legais, devendo-se compreender uma comunidade formada por indivíduos. Neste caso não só o conceito tradicional de casamento se encontra abrangido, mas também os vínculos atuais, a exemplo de uniões estáveis, família monoparental, famílias anaparentais (formadas entre irmãos), uniões homoafetivas, e famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias).^[11]

O inciso III, de forma mais abrangente, destacou como violência doméstica qualquer agressão inserta em um relacionamento íntimo entre duas pessoas. Interessante trazer à baila o entendimento de Nucci, segundo o qual é inócua a regra do referido dispositivo:

Cremos ser inaplicável o disposto no inciso III do art. 5º, desta lei, para efeitos penais. Na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, no art. 2º, § 1º [*rectius*: alínea a)], prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido 'dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual'. Logo, é bem menos abrangente do que a redação do inciso III do art. 5º, da Lei 11.340/2006. Exige-se, no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/2006 basta à convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inciso III.^[12]

Em recente julgado, o STJ entendeu que não se aplica a Lei Maria da Penha a ex-namorados, vejamos:

LEI MARIA DA PENHA. EX-NAMORADOS. O ex-namorado teria jogado um copo de cerveja na vítima, a ex-namorada, oportunidade em que também lhe desferiu um tapa no rosto e a ameaçou de futuras agressões. A vítima estava acompanhada de outro rapaz naquele momento e alega ter necessitado da ajuda de amigos para livrar-se das agressões. Nesse contexto, discutiu-se a aplicação do art. 5º, III, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) a refletir na determinação da competência para o julgamento do crime em questão. A Seção, por maioria, declarou a competência de juizado especial criminal, por entender não incidir o referido artigo à hipótese, visto que ele se refere não a toda e qualquer relação, mas sim à relação íntima de afeto, categoria na qual não se encaixa a situação descrita nos autos, que não passou de um namoro (de natureza fugaz, muitas vezes), aliás, já terminado. Por sua vez, a Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), vencida juntamente com o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, declarava competente o juízo de Direito da vara criminal, ao entender que o namoro configuraria, para efeitos de aplicação daquela lei, uma relação doméstica ou familiar, simplesmente por ser relação de afeto, que deve ser assim reconhecida mesmo que não haja coabitação, posterior união estável ou

casamento (também não importando ter cessado ou não), pois o escopo da lei é o de proteger a mulher colocada em situação de fragilidade diante do homem em decorrência de qualquer relação íntima em que o convívio possa resultar. Precedentes citados: CC 88.952-MG, DJ 4/3/2008, e HC 96.992-SP, DJ 12/9/2008.^[13]

Em que pese o entendimento supramencionado, não se deve afastar a Lei Maria da Penha no caso em análise, pois mesmo que a relação amorosa tenha terminado, muitas mulheres passam a ser vítimas de agressão ou ameaças justamente porque romperam o relacionamento. Com efeito, uma vez que o alcance da lei é a proteção da mulher colocada em situação de fragilidade decorrente de qualquer relação íntima que o convívio possa resultar, não se justifica o afastamento da proteção pelo rompimento do vínculo.

O parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha resguardou à mulher homossexual a proteção legal, ao definir que as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual. Tal norma trouxe um grande avanço na sociedade brasileira, na medida em que reconhece textualmente a união entre pessoas do mesmo sexo, questão ainda polêmica no ordenamento jurídico pátrio, mas já reconhecida por grande parte da jurisprudência.

O art. 7º descreve as modalidades de violência praticadas contra a mulher nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

V – A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Houve importante alteração na fase policial, pois antes da lei em comento os delitos de lesão corporal leve e ameaça (arts. 129. § 9º e 147, do Código Penal) eram considerados de menor potencial ofensivo, de modo que nestes casos eram investigados por termo circunstanciado de ocorrência (art. 69 da Lei Federal nº. 9.099/95), sendo dispensado o inquérito policial. Após a vigência da lei, devem-se investigar todos os delitos por intermédio de inquérito policial, independentemente de pena a ser aplicada, podendo inclusive ser determinada a prisão do infrator.

Interessante se faz observar que a competência dos juizados especializados e das Varas Criminais não é igual, pois segundo o art. 14 da Lei Maria da Penha, aos JVDfMs competem o "processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher", ao passo que às Varas Criminais competem o processo e julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos moldes do art. 33 da referida Lei.

Sobre a instalação do JVDfM, destaca a autora que para a plena aplicação da lei o ideal seria a instalação de um Juizado em todas as comarcas, devendo-se capacitar o juiz, o promotor, o defensor e os servidores para atuarem nessas varas, além de criar-se uma equipe multidisciplinar integrada por profissionais especializados nas áreas jurídica, psicossocial e de saúde.^[14]

Arremata Dias,

Claro que diante da realidade brasileira não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todos os cantos do País, até porque, de modo injustificado, não foi sequer imposta a sua criação ou definidos prazos para sua implantação^[15].

Ressalte-se que diante da ausência de imposição legal para criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação 8/2007 no sentido de que os Tribunais de Justiça procedam à sua implantação^[16].

A equipe multidisciplinar é composta de especialistas que podem interagir para o trabalho de tratamento, recuperação e assistência das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Os profissionais que a comporão serão da área psicossocial (psicólogos, psiquiatras e assistentes

sociais), jurídica (advogados, bacharéis em direito e estagiários da área jurídica) e de saúde (médicos, enfermeiros, fisioterapeutas e outros).^[17]

Portanto, a Equipe Multidisciplinar é de fundamental importância para o enfrentamento das necessidades delimitadas pela Lei Maria da Penha, motivo pelo qual a sua inserção na Estrutura do Poder Judiciário é peça-chave à realização da conscientização da problemática familiar processada, oportunizando, conseqüentemente, uma diminuição na reincidência.^[18]

Ainda sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, interessante trazer à baila a lição de Mazilli:

A criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher seria facultativa (art. 14), e, se instituídos, seriam órgãos da justiça ordinária com competência civil e criminal, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Sem dúvida, poderia a lei instituir varas especializadas para o julgamento de qualquer tipo de violência doméstica, mas não apenas para julgar a violência "contra a mulher". Também a violência doméstica praticada pela mulher contra a mulher (a mãe contra a filha, ou a filha contra a mãe), ou pela mulher contra o homem (a mãe contra o filho, ou a filha contra o pai, a mulher contra o marido) – todas elas, sob o aspecto jurídico, merecem em tese a mesma resposta legal.

Talvez não sejam criados e instalados todos os Juizados especializados; enquanto não o forem, diz à lei que a competência dos juízos criminais abrangeria também a competência *cível* para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Cabe aqui perquirir: será que essa regra faz incluir as ações civis públicas para proteção da mulher?

Pelo que já se expôs, normas como essa padece do vício da inconstitucionalidade. E ainda que assim não fosse a norma somente visaria às ações civis públicas "decorrentes da prática da violência doméstica e familiar contra a mulher". Fora da abrangência da norma estaria às ações para proteger as mulheres nos seus direitos como ser humano, como para proibir uma propaganda discriminatória contra elas, para garantir sua acessibilidade a empregos ou uma remuneração paritária à dos homens nas mesmas funções e com as mesmas responsabilidades, para defendê-las como consumidores efetivas ou potenciais etc. Todas essas ações civis públicas devem ser propostas perante a justiça cível, seguindo as regras normais de competência, de acordo com a legislação específica^[19].

Como se observa, diferentemente dos Juizados Especiais Criminais, os novos Juizados não terão a sua competência fixada com base no *quantum* da pena, pois serão estruturados em razão de dois critérios, quais sejam: o sujeito passivo, que deve ser mulher, e o âmbito em que a violência se consuma, que deve ser doméstico, familiar ou resultante do vínculo afetivo com o agressor.

No tocante à competência do Júri, envolvendo violência doméstica, ensina Dias:

Os crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri. Porém, sendo a vítima mulher e tendo o fato acontecido em decorrência de vínculo doméstico, a instrução do processo deve ocorrer nas varas especializadas de combate à violência doméstica, sob pena de a vítima de tentativa de homicídio ficar privada dos benefícios da Lei Maria da Penha. No fim da primeira fase, antes de pronunciado o réu, é que o processo deve ser encaminhado à Vara do Júri para o julgamento em plenário. Ainda que o processo deva tramitar no JVDFM, a sentença de pronúncia cabe ao Presidente do Tribunal de Júri (CPP, art. 407). Assim, o deslocamento da ação ocorrerá após a inquirição das testemunhas e das alegações finais e não depois da pronúncia^[20].

Deve-se ainda atentar para a regra segundo a qual é possível o deslocamento, para a justiça federal, de qualquer processo envolvendo grave violação de direitos humanos, para assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário. Neste caso, o Procurador-Geral da República deverá suscitar, perante o STJ, incidente de deslocamento de competência para a justiça federal, nos termos do art. 109, § 5º da Carta Magna, que assim dispõe:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Outra importante mudança foi a exclusão da incidência da Lei nº. 9.099/95 em hipóteses de crimes praticados com violência doméstica e familiar, de modo que enquanto não ocorrer à criação dos JVDFM, as demandas deverão ser encaminhadas às varas criminais, nos termos do art. 33 da LMP.^[21]

Estabelece o art. 41 da LMP que "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995". Como visto, o sexo da vítima irá definir a aplicação ou não do rito da Lei dos Juizados Especiais. Embora as figuras típicas sejam as mesmas, o rito será o da Lei nº. 9.099/95 se a vítima for homem; sendo mulher, aplica-se o da Lei Maria da Penha.

Não há nenhuma afronta à isonomia por parte da Lei Maria da Penha que, ao contrário, tem o

escopo de prestigiar os aspectos material e formal do princípio da igualdade, ao conferir tratamento desigual aos desiguais, na medida em que mulheres são desiguais aos homens no que tange à proporção de violência doméstica sofrida. Nesse sentido, lecionam Campos e Corrêa:

Assim, sendo a Lei em comento uma norma de discriminação positiva ou, como preferem alguns, de *ação afirmativa*, é certo que a Constituição Federal não só não veda a adoção de medidas nesse sentido, mas, antes disso, as favorece, já que no seu preâmbulo, a nossa Lei Maior estabelece como objetivo da Assembléia Nacional Constituinte a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, visando alcançar-se o ideal de igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.^[22]

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o assunto, entendeu ser inaplicável a Lei nº. 9.099/95, como é possível inferir-se do seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HÁBEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. LEI Nº. 9.099/95. INAPLICABILIDADE.

A Lei nº. 11.340/06 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ordem denegada.^[23]

Portanto, não se aplicam aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar os institutos da composição civil, transação, suspensão condicional do processo e o rito sumaríssimo.

A ação penal na lesão corporal leve na esfera da violência doméstica passou a ser pública incondicionada, ou seja, não demanda mais representação da vítima. Sobre o assunto, já decidiu o STJ:

REPRESENTAÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. Vítima de violência doméstica, em audiência especial designada (por ter o juiz entendido que nesses casos a ação penal é condicionada), manifestou interesse de não processar o acusado, renunciando à representação. Daí, o juiz julgou extinta a punibilidade do acusado por renúncia (retratação) da representação por parte da vítima. O Tribunal *a quo* revogou essa sentença, recebeu a denúncia e determinou o prosseguimento do feito. A Turma, por maioria, manteve o entendimento da Turma no sentido de que, aos crimes da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), nos termos do art. 41, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099/1995. Outrossim, independe de representação da vítima a propositura da ação penal pelo Ministério Público em casos de lesão corporal leve ou culposa resultante de violência doméstica, familiar ou íntima. Ficaram vencidos o Min. Nilson Naves e a Min. Maria Thereza de Assis Moura, que admitiam a representação com base no art. 16 da citada lei.^[24]

Outro ponto debatido no art. 16 é no tocante à necessidade de intimação do agressor para a referida audiência. Defende-se que embora não haja a figura do réu, tendo em vista que a denúncia ainda não foi recebida, deve ele ser intimado sob pena de ofensa à ampla defesa. Nesse sentido a lição de Nucci:

Se o agressor já estiver indiciado e, especialmente, se possuir advogado constituído, não nos parece correto que a audiência seja designada sem a sua intimação (tanto do agressor, quanto do defensor). Fere-se o princípio constitucional da ampla defesa. O ato de retratação da representação pode implicar na extinção da punibilidade, logo, de interesse do agente do delito.^[25]

Houve um significativo aumento da pena do delito de lesão corporal, que passou a ser qualificada quando se tratar de violência doméstica. A pena que antes era estabelecida entre seis meses e um ano agora é de três meses a três anos, alterando-se o art. 129, § 9º, do Código de Processo Penal, cuja dicção é a seguinte:

Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (art. 129, § 9º do CPP).

Como se verifica, a alteração da pena, dentre outros objetivos, teve o escopo de afastar a transação, a composição de danos e a suspensão condicional do processo, institutos estes concedidos para infrações penais com pena máxima de dois anos.

Criou-se uma nova agravante na parte geral do Código Penal (art. 61), ao dispor que "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica".

Outra majorante foi criada, no art. 129, § 11, do Código Penal, estabelecendo-se a partir daí que "Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência". Para Dias:

A preocupação do legislador em aproveitar a lei que protege a mulher para alcançar as vítimas portadoras de necessidades especiais poderia ter ido além: ao invés de prever esta circunstância como majorante do delito de lesão corporal, deveria inseri-la entre as agravantes genéricas no art. 62 do Código Penal. Seria a forma de assegurar proteção especial a quem tem necessidade especial.^[26]

A nova lei proibiu expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de

direitos, bem como as penas de fornecimento de cestas básicas ou outras de prestações pecuniárias (art. 17).

No tocante às medidas protetivas, a nova lei destaca as providências de caráter urgente que devem ser tomadas com o escopo de resguardar os efeitos da decisão principal. Tais medidas dividem-se em dois grupos: a) medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor; b) medidas protetivas de urgência à ofendida.

Interessante acrescentar que tais medidas devem obedecer aos requisitos das medidas cautelares. Para Cunha e Pinto:

Como tal, devem preencher os dois pressupostos tradicionalmente apontados pela doutrina, para a concessão das medidas cautelares, consistentes no *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus bonis iuris* (aparência do bom direito). Destaca Fernando Célio de Brito Nogueira: "Sem que haja pelo menos um começo de prova e uma situação de incontornável urgência, em tese amparada pelo direito positivo, o magistrado não tem como deferir nenhuma das medidas previstas, por isso traduziria algo temerário". Dessa forma, deve o juiz, ao analisar a conveniência da adoção de tais medidas, atentar à presença de tais pressupostos, podendo, inclusive, designar a audiência de justificação prévia de que trata o art. 804 do CPC.^[27]

Assevera Scarance que:

São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.^[28]

Com efeito, presentes os requisitos mencionados, o juiz poderá suspender ou restringir o porte de armas, afastar o ofensor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, proibir determinadas condutas, tais como a aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios.^[29]

Saliente-se, ainda, que as medidas referidas na lei em comento não impedem a aplicação de outras previstas na legislação pátria, pois o que se deve buscar é a segurança da ofendida, podendo o juiz requisitar força policial a qualquer momento para garantir a efetividade das medidas protetivas.^[30]

Todavia, o assunto pode ser solucionado à luz do princípio da proporcionalidade ou da ponderação de interesses, com vistas a alcançar o fim da norma legal, qual seja a proteção da vítima e de sua família. Para Cunha Júnior, ao dissertar sobre o princípio da proporcionalidade:

Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas.^[31]

Quanto às medidas protetivas de urgência, poderá o juiz encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos e determinar a separação de corpos.^[32]

Destarte, essas medidas correspondem às necessidades reais para garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da vítima e de seus dependentes, e por tal razão adentram na seara civil.

Deve-se observar que as medidas protetivas, enquanto medidas cautelares de urgência, para a sua concessão são imprescindíveis a existência do *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito que se pede) e do *periculum in mora* (risco de que a demora na concessão da medida a torne inócua).

Desse modo, sem que haja, pelo menos, um começo de prova e uma situação de incontrolável urgência amparada pelo Direito Positivo, não pode o magistrado deferir tais medidas, sendo necessária a designação de audiência de justificação prévia da qual trata o art. 804 do CPC, se for o caso.

Outra inovação trazida pela referida lei foi a criação de mais uma hipótese de prisão preventiva, que pode ser decretada por iniciativa do juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, acrescentando-se o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal. Conforme determina o art. 20 da lei objeto de análise,

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

A nova hipótese de prisão tem a finalidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, previstas nos arts. 18 e seguintes. Todavia, deve o juiz fundamentar essa medida cautelar

pessoal, sendo imprescindível a satisfação dos requisitos do art. 312 do CPP (prova do crime e indícios suficientes de autoria).

Ao discorrer sobre a necessidade de adotar critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, leciona Oliveira:

Embora a nossa legislação, ao contrário da portuguesa (art. 193, 1, do CPP de Portugal) e da italiana (art. 275, 2, CPP da Itália), não faça referência expressa à necessidade da adoção de critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, não podemos deixar de reconhecer que o Código de Processo Penal brasileiro não descuroou completamente de semelhante preocupação.

Como a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é sempre uma medida cautelar, faz-se necessário que, na sua aplicação, não se percam de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser.^[33]

Sobre o assunto, decidiu o STJ:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. CRIMES ABRANGIDOS PELA LEI Nº. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A CUSTÓDIA CAUTELAR. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Muito embora o art. 313, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº. 11.340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.

2. É imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sem o que não se mostra razoável à privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente em se tratando de delitos punidos com pena de detenção.

3. Ordem concedida.^[34]

Portanto, deve-se condicionar a nova regra do art. 312, IV, do Código de Processo Penal aos requisitos da prisão preventiva a saber: garantia da ordem pública ou econômica; conveniência da instrução criminal; garantia da futura aplicação da lei penal; prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.^[35]

No tocante à defesa dos interesses transindividuais no âmbito da violência doméstica, dispõe o art. 37 da Lei nº. 11.340/06, *in verbis*:

A defesa dos interesses e direito transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil.

A lei deixou de mencionar como legitimados ativos concorrentes as pessoas jurídicas de direito público e os órgãos públicos. Em que pese a omissão legislativa, entende Mazilli que devem eles ser inseridos no pólo ativo da demanda coletiva. Para o autor:

Embora a lei só mencione, como legitimados ativos, o Ministério e as associações, à vista de perquirição da *mens legis* não vemos porque não admitir concorrentemente a possibilidade de as pessoas jurídicas de Direito Público e os órgãos públicos defenderem os interesses transindividuais das mulheres. Essa possibilidade decorre da legitimação genérica concedida ao Estado e aos órgãos públicos em matéria de processo coletivo, que decorre do sistema da LACP combinada com o CDC.^[36]

O último dispositivo da Lei Maria da Penha, art. 45, permitiu ao magistrado que este determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, inserindo tal regra no art. 152, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

Ora, tal dispositivo pode não estar sendo aplicado a contento, podendo se tornar inócuo diante da falta de investimentos do Estado em equipar os órgãos responsáveis na reeducação e recuperação dos agressores, como abrigos, centros de reabilitação de vítimas e agressores, capacitação dos profissionais envolvidos, campanhas educativas etc., bem como a contratação de médicos psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos etc.^[37]

Sabe-se também que os recursos existentes, tanto no plano federal quanto nos planos estadual e municipal, são extremamente modestos para a implementação de políticas destinadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres.

Com efeito, para que seja alcançada a intenção do legislador, o Estado deve destinar parte do orçamento público para o investimento das políticas públicas voltadas ao combate da violência. Além disso, é fundamental o acompanhamento do movimento de mulheres no processo de elaboração dos orçamentos da União, dos estados e dos municípios, para que sejam incluídos recursos públicos com

vistas à prevenção da violência contra as mulheres em diversos campos.^[38]

Destarte, como visto na prática, ainda há um déficit de pessoal nos órgãos públicos para o atendimento dos casos de violência doméstica. Dessa forma, deve haver maior empenho e compromisso dos gestores públicos nesse sentido, para que seja atendido o objetivo primordial da Lei Maria da Penha, qual seja a prevenção e coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).
- CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudo de Casos, Comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), Legislação Internacional e Coletânea de Normas*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FÓRUM NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres: *Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica*. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *LEI MARIA DA PENHA é aplicada para proteger homem*. Revista Consultor Jurídico, 30 de outubro de 2008. Disponível no site <<http://www.conjur.com.br/static/text/712901>>. Acesso em: 23 de novembro de 2008.
- SCARANCE, Fernandes Antônio. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
-

Notas

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 21.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 16-17.

Id. p. 41.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op.Cit. p. 31. p. 32

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 596.

Id. p. 596.

TJMG, Apelação Criminal nº. 1.0236.07.013084-4/001; Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos; Publicado em 05/09/2008. Disponível em <www.tjmg.gov.br>. Acesso em 29 de outubro de 2008.

TJMG/Apelação Criminal nº. 1.0672.07.240510-9/001; Relator Des. Judimar Biber; Publicado em 30/05/2008. Disponível em <www.tjmg.gov.br>. Acesso em 28 de outubro de 2008.

LEI MARIA DA PENHA é aplicada para proteger homem. Revista Consultor Jurídico, 30 de outubro de 2008. Disponível no site <<http://www.conjur.com.br/static/text/712901>>. Acesso em: 23 de novembro de 2008.

DIAS, Maria Berenice. Op.Cit. p. 31. p. 46-54.

Id. p. 43.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 865.

STJ/CC 91.980-MG, **Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 8/10/2008. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 28 de outubro de 2008.**

DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 68.

Ibid. p. 104.

Ibid. p. 104.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p. 446.

Id. p. 463.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21 ed. São Paulo: Saraiva,

2008. p. 605.

DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 68.

Id. p. 69.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p. 174.

STJ/HC 84831 / RJ; Ministro FELIX FISCHER; DJe 05/05/2008. Disponível em

<www.stj.gov.br>. Acesso em 29 de outubro de 2008.

STJ/HC 108.098-PE, Rel. originário Min. Nilson Naves, Rel. para acórdão Min. Paulo Gallotti, julgado em 23/9/2008. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 13 de novembro de 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Ob. cit. p. 874.

Id. p. 101.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op.Cit. p. 136.

SCARANCA, Fernandes Antônio. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p.

311.

Art. 22 da Lei Maria da Penha.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op.Cit. p. 138.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm,

2008. p. 122.

Art. 23 da Lei Maria da Penha.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

p. 415.

STJ/HC 100512 / MT; Ministro Paulo Gallotti; DJe 23/06/2008. Disponível em

<www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 de novembro de 2008.

Art. 312, CPP.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 704.

Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres: *Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica*. Setembro/ 2006. Disponível em:

<http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2008.

Id.

Lei Maria da Penha: um compromisso para a justiça brasileira. Portal violência contra a mulher: campanha dos 16 dias, por Valéria PANDJIARJIAN

SITE:

<http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1494:lei-maria-da-penha-um-compromisso-para-a-justica-brasileira-valeria-pandjiarjian-site-campanha-dos-16-dias&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>

A história de vida de Maria da Penha, comum a de tantas mulheres que levam no corpo e na alma as marcas visíveis e invisíveis da violência, tornou-a protagonista de um litígio internacional emblemático para o acesso à justiça e a luta contra a impunidade em relação à violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Ícone dessa causa, sua vida está simbolicamente subscrita e marcada sob o nome de uma lei.

A Lei Maria da Penha representa inegável avanço na normativa jurídica nacional: modifica a resposta que o Estado dá à violência doméstica e familiar contra as mulheres, incorporando a perspectiva de gênero e direitos humanos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); rompe com paradigmas tradicionais do Direito; dá maior ênfase à prevenção, assistência e proteção às mulheres e seus dependentes em situação de violência, ao mesmo tempo em que fortalece a ótica repressiva, na medida necessária; e trata a questão na perspectiva da integralidade, multidisciplinaridade, complexidade e especificidade, como se demanda que seja abordado o problema.

As leis são instrumentos para concretizar princípios, garantir direitos, fazer realidade nossa cidadania. Uma lei que abarca a violência doméstica contra as mulheres em ampla dimensão - e não a trata de maneira isolada, senão conectada a políticas públicas intersetoriais - tem múltiplos desafios. O maior deles, talvez: a mudança de olhar e atitude. Melhor não poderia ser, pois, a convocatória de 2008 para a Campanha dos 16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra a Mulher: "*Há momentos em que sua atitude faz a diferença. Lei Maria da Penha. Comprometa-se*".

Em dois anos de vigência da lei, o processo de sua implementação ainda está só começando, com avanços, obstáculos e desafios. A mudança estrutural nas dinâmicas institucionais e em comportamentos culturais que a lei reflete e invoca não se opera em curto prazo. Mas urgem atitudes de comprometimento com a lei, por parte de distintos atores, que fazem e farão a diferença. Hoje, chamemos ao compromisso ao menos um ator em especial: o Poder Judiciário, particularmente o Supremo Tribunal Federal.

Em virtude da controvérsia judicial que se instalou no país sobre a aplicação da Lei Maria da Penha, com decisões que afirmam tanto a inconstitucionalidade, como a constitucionalidade da lei, o Presidente da República ingressou, em dezembro de 2007, com Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC/19) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), com o fim de obter a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da lei, por entender que a mesma não viola: o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, CF); a competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária local (art. 125 § 1º c/c art. 96, d, CF) e a competência dos juizados especiais (art. 98, I, CF). Corretíssima interpretação constitucional. Atitude de comprometimento jurídico-político na iniciativa presidencial.

Atitude de comprometimento, ainda, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil, que na referida ação ingressou com *Amicus Curiae* ("Amigo da Corte") em defesa da constitucionalidade da Lei Maria da Penha; assim como, no marco do 25 de novembro, Dia Internacional da Não-Violência contra a Mulher, da mesma forma o fazem Cladem/Brasil (Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) junto com as organizações que o integram: Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Ipê - Instituto para a Promoção da Equidade e Instituto Antígona. Qual será, pois, a atitude de comprometimento da cúpula da Justiça brasileira para com a lei nesse contexto, considerando-se ainda haver 83% de aprovação à lei pela população (pesquisa Ibope/Themis)?

Por ocasião do evento público de reparação material (pagamento de indenização) e simbólica (pedido de desculpas) do governo do Ceará à Maria da Penha (07.07.08), em cumprimento às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Informe 54/2001), Maria da Penha afirmou: "*Estou muito feliz por receber essa indenização, mas minha maior alegria segue sendo a existência da Lei 11.340/06, chamada Lei Maria da Penha, que me permite dividir com cada mulher que sofre violência nesse país. É ela que garante que a dignidade da mulher exige respeito e que transforma a violência contra a mulher em crime contra os direitos humanos*". E apontou: "*há muito que se fazer para resgatar a dívida histórica para com as mulheres*", indicando investimentos a serem feitos para a "*desconstrução da cultura machista*", com a correta aplicação da Lei Maria da Penha.

A declaração de constitucionalidade da Lei Maria da Penha pelo STF representará, assim, não só legítimo direito constitucional das mulheres - à igualdade, à não-discriminação e a viver livre de violência - mas também expressão simbólica de resgate dessa dívida histórica. Direito constitucional que merece, ainda, ser objeto de uma súmula vinculante, afirmando-o como *jus cogens* (norma imperativa), pois assim o são os direitos de igualdade e acesso à justiça em âmbito nacional e internacional, conforme entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Razão maior para que o órgão máximo da Justiça brasileira reconheça a constitucionalidade da lei e seu caráter de imperatividade, pondo fim à violência institucional que, por ação ou omissão, tolera e perpetua a violência doméstica e familiar contra as mulheres como sistemática violação aos direitos humanos no país. Em outras palavras... Lei Maria Penha: STF, Comprometa-se!

* **Valéria Pandjarian**: 39; é advogada feminista, responsável pelo programa de litígio internacional do Cladem (Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher). Membro do Cladem/Brasil desde 1992; integra também a fundação e o conselho de várias organizações de mulheres no país.

---Este artigo foi publicado originalmente no site da [Campanha 16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres](#), em novembro/2008.

Artigo: Da constitucionalidade da lei 11340/06 (lei da violência doméstica), por Neemias Prudente.

Site: <<http://infodireito.blogspot.com/2008/06/artigo-da-constitucionalidade-da-lei.html>>

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.

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.

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 Constitucionalidade (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.

Ao analisar o pedido de liminar, o ministro Marco Aurélio ressaltou que uma lei não precisa da confirmação do Judiciário para que venha a ser aplicada e surtir efeitos. Ainda assim, o ministro indeferiu a liminar por entender que o pedido feito na ação extravasa até mesmo o que previsto nesta exceção. “A paralisação dos processos e o afastamento de pronunciamentos judiciais, sem ao menos aludir-se à exclusão daqueles cobertos pela preclusão maior, mostram-se extravagantes, considerada a ordem jurídico-constitucional”, afirmou, uma vez que os processos que já teriam sido decididos não poderiam ser desconstituídos através de uma decisão liminar.

E ainda: “(...) eventual aplicação distorcida da Lei evocada pode ser corrigida ante o sistema recursal vigente e ainda mediante a impugnação autônoma que é a revelada por impetrações. Que atuem os órgãos investidos do ofício judicante segundo a organização judiciária em vigor, viabilizando-se o acesso em geral à jurisdição com os recursos pertinentes. Indefiro a medida acauteladora pleiteada, devendo haver submissão deste ato ao Plenário, para referendo, quando da abertura do Ano Judiciário de 2008. Por entender desnecessárias informações, determino seja colhido o parecer do Procurador-Geral da República. Publiquem.”[1]

Portanto, e esta é a posição atual do Supremo Tribunal Federal, ou seja, até o julgamento da ADC 19, a Lei Maria da Penha continua valendo.

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.(grifo nosso).O supremo Tribunal Federal, vem interpretando o princípio da igualdade entre homens e mulheres com aplicação ao princípio da proporcionalidade.[2]

Para Celso Antonio Bandeira de Melo, as leis nada mais fazem senão discriminar situações, para submetê-las à regência de tais ou quais regras, sendo esta mesma, sua característica funcional. Portanto, é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis.[3]

O Supremo Tribunal Federal, apreciando a igualdade entre homens e mulheres, decidiu em diversas ocasiões a possibilidade do tratamento desigual, ante as diferenças existentes entre os sexos, notadamente na carreira militar.[4]

O problema do reconhecimento das distinções que ofendem ao princípio da isonomia, se biparte em dois elementos: o fator da desigualação 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?

Canotilho entende que o princípio de igualdade é violado, quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária, ou seja, quando estabelece diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.[5]

Em um sentido neutro e originário, observa-se que o vocábulo discriminação significa uma distinção prejudicial e injusta contra um indivíduo ou grupo, em razão de suas características pessoais.

Siqueira Castro explicita que uma classificação legislativa é considerada suspeita ou inerentemente irrazoável (*inherently unreasonable*), e, por conseguinte sujeita a um extremamente rigoroso exame de seu mérito por parte das Cortes de Justiça, quando adota como critério diferenciativo um dado da natureza independente e indeterminável pela vontade humana, a exemplo de raça, sexo, filiação, nacionalidade etc., determinado pelo simples fato do nascimento, ou, então, quando a discriminação legislativa interfere com direitos considerados fundamentais, e por isso mesmo assegurados de modo explícito ou implícito na Constituição.[6]

São as classificações legislativas suspeitas ou discriminações odiosas. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, citando Hermit Hall, que por se turno faz remissão á Suprema Corte Americanas, cita decisões daquele Tribunal, em que este determinou que algumas classificações suspeitas, como, por exemplo, raça e religião, e, portanto legislação discriminatória contra minorias raciais e grupos religiosos, dificilmente são sustentáveis. Da mesma forma, em determinadas ocasiões, especialmente quando o exercício de direitos fundamentais se vê obstaculizado, a Corte já atribuiu o status de classificação suspeita, a outras circunstâncias, como pobreza e ilegitimidade.[7]

Nesse caso o termo discriminação apresenta uma nota pejorativa, que viola a igualdade de tratamento, vez que a distinção carece de uma justificação objetiva e razoável.

Dentro deste contexto é de se observar que o conceito de igualdade não é absoluto. É relativo, pois deriva da diversidade entre os homens, sendo ainda um conceito relacional, visto que traça parâmetros e elementos de comparação entre as relações em que se encontram os respectivos sujeitos passivos.

José Afonso da Silva reporta-se ao conceito de igualdade e da desigualdade, declarando que são relativos, visto que impõe a confratação e o contraste entre duas ou várias situações. No tocante à desigualdade entre homens e mulheres, assevera o festejado autor, que só valem as discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor das mulheres, como por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de contribuição e idade (arts. 40§1º, III, a e b e 201, §7º, I e II).[8]

Segundo Alexandre de Moraes, "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" [9] E sobre o artigo 5º, inc. I, da Constituição Federal vigente, que afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, o citado doutrinador nos dá o seguinte ensinamento:

"A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da

mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Conseqüentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição (arts. 7º, XVIII e XIX; 40, § 1º, 143, §§ 1º e 2º; 201, § 7º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo" [10] Guilherme de Souza Nucci 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. 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 11.340/2.006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a "pena de cesta básica", além de outros benefícios (art. 17 desta Lei), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei 9.099/95" .[11]

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.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça 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 N° 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 N° 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 1ª 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 DA1ª 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

Registre-se,que nem sempre a Lei 9099/95 e sua co-irmã, a Lei 10.259/01,foram integralmente aplicadas,quando presentes algumas situações legais.Aos crimes militares por exemplo,não se aplica os institutos despenalizadores,por força do art90-a da Lei 9099/95, com plena aceitação doutrinária e jurisprudencial.

Até o advento da Lei 10.259/01,os crimes submetidos a procedimento especial,também não estavam sujeitos ao referido procedimento legal .Ressalte-se que apesar do advento deste diploma legal,o Supremo Tribunal Federal, tem entendido da não aplicação da Lei 9099/95,quando o procedimento relativo ao crime for especial.

EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL Juizado Especial Criminal Estadual. Ação penal. Infração ou crime de menor potencial ofensivo. Não caracterização. Delito de imprensa. Sujeição a procedimento especial. Competência da Justiça Comum. HC concedido para esse fim. Aplicação de art. 61 da Lei nº 9.099/95, que não foi revogado pelo art. 2º, § único, da Lei nº 10.259/2001. Precedentes. É incompetente Juizado Especial Criminal Estadual para processo e julgamento de delito previsto na Lei de Imprensa. HC 88547 / SP - SÃO PAULO.HABEAS CORPUS.Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 23/05/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 09-06-2006 PP-00019EMENT VOL-02236-02 PP-00281

No caso de foro por prerrogativa de função não se aplica a Lei 9099/95, ressalvados os institutos da transação, suspensão condicional do processo e exigência da representação para lesão leve e culposa. A complexidade da causa,ou ausência de citação pessoal,também afasta a competência dos Juizados. Também há restrições nos crimes praticados contra idoso,previsto no art. 94 da Lei 10741/03.O Estatuto do Idoso permite a aplicação dos institutos

despenalizadores aos crimes previstos naquela lei, cuja pena máxima não ultrapasse 04 anos,mas para alguns doutrinadores, a lei é inconstitucional no que tange ao referido artigo, enquanto para outros aplica-se apenas o procedimento,mais célere, de forma a proteger o idoso.

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 de Violência Doméstica e Familiar.Com propriedade assinala Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto,que 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. [12]

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 a meu ver, com o devido respeito, razão aqueles que enxergam no citado dispositivo, inconstitucionalidade, pois o direito de preferência, deveria ser do réu preso.[13]Ora, nem mesmo a Lei processual penal assegura este direito de preferência, tendo em vista o disposto no art.431 do Código de Processo Penal.

NOTAS

[1] AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 19-3 DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO REQUERENTE(S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.

[2] Concurso público – critério de admissão - sexo. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo - artigo 5º, inciso I, e par. 2º do artigo 39 da Carta Federal. A exceção corre à conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional." (RE 120.305, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09/06/95)

[3] Rev. Dir. publico 18/106.

[4] Promoção de militares dos sexos masculino e feminino: critérios diferenciados: carreiras regidas por legislação específica: ausência de violação ao princípio da isonomia: precedente (RE 225.721, Ilmar Galvão, DJ 24/04/2000)." (AI 511.131-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15/04/05.

[5] CANOTILHO J. Gomes. Direito Constitucional Canotilho J. Gomes, Coimbra: Almadina 1991 p. 1577.

[6] CASTRO,Carlos Roberto Siqueira.O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional.Forense.Rio de janeiro.1983,p.75.

[7]SILVA,Fernanda Duarte Lopes Lucas da.Principio Constitucional da Igualdade. Lúmen Júris.Rio de Janeiro.2001,p.96.

[8] Silva,José AfonsoCurso de Direito Constitucional Positivo:São Paulo:Malheiros.25ª edição.2005,p.217.

[9] Moraes,Alexandre. Direito Constitucional.São Paulo:Atlas. 13ª edição, p. 68.

[10] Ob. cit. p. 67.

[11] Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 1ª ed., 2ª tiragem, Editora RT, p. 884.

[12]CUNHA,Rogério Sanches;PINTO,Ronaldo Batista.Violência Domestica.São Paulo:RT.2007,p.117.

[13] Cf a posição de Eugenio Pacelli de Oliveira em seu .Curso de Processo Penal.Rio de Janeiro:Lúmen Juris.2007,p.594.

Por Ionilton Pereira do Vale, Promotor de Justiça/CE, Assessor do Procurador Geral de Justiça, Professor de Processo Penal na Faculdade 7 de Setembro, Mestre em Direito pela UFCE

CONSTITUIÇÃO E PROPORCIONALIDADE: O DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA¹⁷⁷

¹⁷⁷ O presente texto representa a versão ampliada do roteiro da palestra proferida no 9º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no centro de eventos do Hotel Maksoud Plaza, São Paulo, dia 03.10.03, sobre o tema Constituição, Proporcionalidade e Direito Penal. Na elaboração do trabalho escrito, contamos com a decisiva

Ingo Wolfgang Sarlet.

Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Estudos de Pós-Doutoramento em Munique (Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional e Universidade de Munique) e Georgetown Law Center (Washington-DC). Professor de Direito Constitucional dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Juiz de Direito em Porto Alegre, Brasil.

"Es una ley estructural de nuestro ser, generalmente a tener en cuenta, aunque también muchas veces olvidada, que en nuestro mundo no se pueden llevar las condiciones al extremo sin que esto se vuelva en su contra y sin que, por eso mismo, las posturas extremas, en tanto parecen enfrentarse entre sí, se contrapongan como teorías complementarias. Por eso, los teoremas extremos tienen algo irreal y utópico en sí mismos." (Arthur Kaufmann)¹⁷⁸

" Para a cátedra de direito penal:

Em 1986, um deputado mexicano visitou o presídio de Cerro Huego, em Chiapas. Ali encontrou um índio tzotzil que degolara seu pai e fora condenado a trinta anos de prisão. O deputado descobriu que, todo o santo meio-dia, o defunto pai trazia tortilhas e feijão para o filho encarcerado.

Aquele detento tzotzil fora interrogado e julgado em língua castelhana, que ele entendia pouco ou nada, e abaixo de pancada havia confessado ser o autor de um crime chamado parricídio." (Eduardo Galeano)¹⁷⁹

1 –Notas introdutórias

Num instigante estudo sobre Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo, em que desnuda as origens ideológicas de polêmica entre causalismo e finalismo, Francisco Muñoz Conde refere-se aos chamados "juristas terríveis" (*furchtbare Juristen*), assim designados pela sua colaboração com o nacional-socialismo, ao exercerem papéis destacados na política, na administração da justiça ou mesmo ensino jurídico. Muitos destes juristas (se é que a prática da injustiça é compatível com tal qualificativo) distinguiram-se por terem proferido sentenças especialmente duras no exercício da função jurisdicional, não raras vezes resultando em pena de morte ou internação em campos de concentração, por fatos de

participação (especialmente na parte relativa ao Direito Penal) do eminente colega JAYME WEINGARTNER NETO, ilustre Promotor de Justiça no RS, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra e Doutorando em Direito pela PUC-RS. Pelos seus aportes em termos de sugestões, indicações específicas de literatura e pela sua crítica, não poderíamos aqui deixar de lhe render a pública e justa homenagem.

¹⁷⁸ Arthur Kaufmann, *Derecho, moral e historicidad*, Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 48-9.

¹⁷⁹ Eduardo Galeano, *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*, Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 49.

escassa gravidade ou importância, evidenciando até onde pode chegar a perversão dogmática ao utilizar-se de um discurso técnico pretensamente neutro, atrelado a um positivismo legalista e formalista.

Voltando ao exemplo de Mezger, convém recordar que este, aos cinquenta anos e no apogeu da fama como penalista, foi nomeado membro da Comissão de Reforma do Direito Penal no âmbito da qual teve destacada participação, por exemplo, na reforma do StGB de 28 de junho de 1935, que introduziu a analogia como fonte de criação do direito penal “segundo a idéia básica do Direito Penal e o são sentimento do povo alemão”. Em outubro de 1945 foi afastado de sua cátedra de Munique pelo Governo Aliado e, classificado como colaborador de segunda categoria, chegou a passar algumas semanas preso em Nuremberg. Em 1948 reconquistou a sua cátedra e, em 1956, recebeu doutorado honoris causa pela Universidade de Coimbra, época em que proferiu algumas conferências na Espanha.¹⁸⁰

Mais que as vicissitudes de uma época, vale lembrar que das 60.000 penas de morte aplicadas durante o regime nazista, certamente cerca de 40.000 foram pronunciadas por tribunais militares, mas pelo menos outras 16.000 foram ditadas por tribunais civis (sem contar as milhares de internações em campos de concentração).¹⁸¹ O colaboracionismo, portanto, evidenciou-se (como ocorreu na maior parte dos regimes ditatoriais, inclusive no Brasil), também, em sentenças desproporcionais, terrivelmente injustas, levando um filósofo do porte de um Gustav Radbruch a purgar as culpas de um positivismo que deixou os juristas alemães ainda mais indefesos diante das leis cruéis editadas sob a égide do regime nazista do que os próprios militares em face de ordens evidentemente criminosas por parte de seus superiores.¹⁸²

Com esta breve referência histórica, objetivamos a contextualização do princípio da proporcionalidade, por sua vinculação à proibição de excesso, tão cruenta e dolorosa na seara penal. Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do Direito e, no que interessa ao nosso ponto, do Direito Penal, o que aqui vai tomado como pressuposto de nossa singela investigação. De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Sem que se pretenda – nem aqui e nem nos desenvolvimentos subseqüentes – promover uma análise exaustiva da casuística jurídico-penal, seja no plano legislativo, seja no concernente à atuação jurisdicional (que também deve obediência ao princípio da proporcionalidade) cuida-se de avaliar, à luz de alguns exemplos e após uma digressão mínima a respeito de alguns pressupostos teóricos, algumas possíveis incongruências na aplicação do princípio da proporcionalidade (na sua dupla

¹⁸⁰ Convém lembrar que Welzel não participaria de um Livro Homenagem por ocasião dos 70 anos de Mezger, organizado em 1954, cfr. anota Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 16-36.

¹⁸¹ Cfr. Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, p. 39.

¹⁸² Cfr; Gustav Radbruch. *Filosofia do Direito*, “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” – Apendice II, 6ª ed. revista e acresc. (trad. Cabral de Moncada), Coimbra: Armênio Amado, 1979. Entre nós, vale conferir o estudo de Plauto Faraco de Azevedo, *Limites e justificação do poder do Estado*, Petrópolis: Vozes, 1979, especialmente pp. 85-190, ao versar sobre o relativismo jurídico, a filosofia de Gustav Radbruch e a experiência “jurídica” na esfera do III Reich.

manifestação como proibição de excesso e de insuficiência) tanto no plano da fundamentação quanto na esfera das conclusões adotadas. Entre nós, bastaria aqui lembrar da polêmica a respeito da inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos (especialmente quando veda a progressão de regime e a liberdade provisória), a questão dos crimes de perigo abstrato, a controvérsia em torno da constitucionalidade da reincidência, a necessidade de representação nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ou mesmo as propostas de majoração das penas no caso de porte ilegal de arma de fogo, para que se perceba o quão fecundo é e seguirá sendo o debate.

Assim, mais do que efetuar o aprofundamento dogmático do conteúdo da proporcionalidade, a abordagem aposta na exploração da sua faceta menos debatida entre nós, designadamente nos principais desdobramentos dos deveres de proteção estatais na esfera jurídico-penal e naquilo que guardam conexão com a noção de proporcionalidade, tudo a partir da análise ilustrativa de algumas decisões, com o intuito de realçar o caráter pragmático da presente intervenção.

Desde logo é preciso destacar – como fio condutor desta análise – a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente, a era dos extremos (que caracterizou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm¹⁸³) de tal sorte a combater tanto o abolicionismo, quanto a intolerável “tolerância zero”. Com efeito, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem “mite”, tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha-se para um direito da *equidade*, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições “em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas ‘razões’”. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam, neste ponto, as imagens de ductibilidade (...).¹⁸⁴ Em termos gerais, verifica-se que a concepção de Zagrebelsky no que diz com um direito *mite* (a tradução espanhola utilizou o termo *dúctil*) está conectada à configuração de um sistema mais dinâmico, plural e complexo, não deixa de guardar relação com o pensamento de Norberto Bobbio, tal qual exposto no seu *Elogio della mitezza* (o tradutor português optou pelo substantivo *serenidade*)¹⁸⁵. A serenidade, como postulada por Bobbio, é uma virtude *ativa* e uma virtude *social* (ao passo que temperança e coragem seriam virtudes individuais) que se opõe frontalmente à arrogância, insolência e prepotência do homem político,¹⁸⁶ guardando, portanto, estreita relação com a postura que pretendemos sustentar neste ensaio.

Renunciando – pelas limitações de uma trajetória acadêmica estranha ao universo penal - a uma ingênua tentativa de aprofundamento das complexas questões que subjazem ao debate aqui proposto, anima-nos, todavia, o singelo

¹⁸³ Eric Hobsbawm, *A Era dos Extremos*, 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

¹⁸⁴ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999, pp. 146-7. Para o autor, a relação de tensão entre o caso e a regra “introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito” (p. 148).

¹⁸⁵ Cfr. Norberto Bobbio. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

¹⁸⁶ Na definição lapidar de Bobbio, op. cit., p. 35, “sereno é o homem de que o outro necessita para vencer o mal dentro de si”, destacando a serenidade na sua condição de potência, consistindo em “deixar o outro ser aquilo que é”. Mais adiante, Bobbio, após apresentar a serenidade como oposto da arrogância e, neste sentido, como a “outra face da política”, que ajuda a definir os limites entre o político e o não político (p.42), justifica sua escolha por uma virtude que é a antítese da política, aproximando a serenidade de duas outras virtudes complementares: a compaixão (conectada à misericórdia) e a simplicidade, visa como a capacidade de fugir intelectualmente as complicações inúteis e praticamente das posições ambíguas (pp. 43-6).

propósito de contribuir ao menos para a discussão em torno da construção de uma política criminal e de um garantismo (já que deste não há como abrir mão) verdadeiramente proporcional (e, portanto, sereno), tudo à luz de algumas categorias dogmáticas e exemplos extraídos do nosso cotidiano normativo e forense. Antes, contudo, de ingressarmos nesta análise, importa uma breve referência ao contexto no qual a problemática encontra sua inserção, além de uma definição mínima dos principais pressupostos jurídico-dogmáticos do estudo, designadamente a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a correlata teoria dos deveres de proteção no âmbito de um Estado democrático (e garantista) de Direito, bem como a dupla perspectiva do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e de insuficiência.

2 – A crise do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais: breves notas sobre o contexto

Mesmo que não se possa avançar para além de algumas observações de carácter genérico, não há como negligenciar que a temática aqui versada encontra-se inserida e relacionada, com o atual contexto social, económico e político-institucional. Da mesma forma, por mais que se procure evitar discursos de carácter maniqueísta (inevitavelmente sectários e carentes de cientificidade) e mesmo reconhecendo que também a globalização (nas suas diversas manifestações) possui aspectos positivos¹⁸⁷, limitar-nos-emos aqui a apontar alguns efeitos negativos da globalização económica sobre o Estado democrático (e social) de Direito¹⁸⁸ e, de modo particular, sobre os direitos fundamentais. Lembre-se, todavia, que a globalização é apenas um dos elementos (embora de longe um dos mais significativos) que marcam o contexto no qual hoje se insere a problemática dos direitos fundamentais, ombreando em importância talvez apenas com os crescentes níveis de exclusão social (por sua vez também creditada - em boa parte - aos efeitos negativos da globalização), tudo contribuindo para uma ampla crise do Estado, do Direito e dos Direitos Fundamentais.

Já por estas razões cumpre que se tome a sério a advertência de Gomes Canotilho ao referir que “o Direito Constitucional, a Constituição, o Sistema de Poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram”,¹⁸⁹ o que nos remete a uma série de questionamentos, inclusive sobre o papel a ser desempenhado hoje pelo Estado, pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pelo Direito de um modo geral. Dada a amplitude e relevância destas questões, não nos é possível mais do que apontar alguns dos efeitos da globalização sobre o Estado democrático (necessariamente social) de Direito, na tentativa de identificar e situar minimamente a cada vez mais aguda crise de efetividade, e daquilo que poderíamos designar como representando uma crise de identidade e confiança na Constituição e nos direitos fundamentais.

Na medida em que – por conta da política e da economia do “Estado mínimo” propalado pelo assim designado “consenso neoliberal”¹⁹⁰ - aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito (necessariamente um Estado

¹⁸⁷ Poderíamos referir aqui, em carácter meramente ilustrativo, a internacionalização do discurso e da cultura dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (desde que não resulte num processo de colonização cultural), com evidentes reflexos na seara penal, como dá conta a criação do Tribunal Penal Internacional, a expansão no campo do reconhecimento das garantias penais e processuais, entre tantos outros.

¹⁸⁸ Sobre o significado e evolução do Estado democrático de Direito (necessariamente comprometido com a realização da justiça social, compreendida aqui, em termos genéricos, como a garantia de padrões mínimos de igualdade e liberdade materiais e, portanto de uma vida digna para todos) v., entre nós, especialmente Lenio Luís Streck e José Luís Bolzan de Moraes, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, ainda que existam razões para discutir a categorização adotada, notadamente em face da diferença traçada entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, discussão que não nos cabe desenvolver nesta oportunidade.

¹⁸⁹ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. “Sobre o Tom e o Dom dos Direitos Fundamentais”, in: *Revista Consulex* 45: 38, set. de 2000.

¹⁹⁰ Sobre a crise da democracia e as suas relações com o “consenso de Washington”, v. especialmente, Boaventura Souza Santos. *Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 17-19.

“amigo” dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, indaga-se quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades economicamente menos desenvolvidas. Neste sentido, insere-se a aguda observação de Ferrajoli, alertando para a crise vivenciada pelos sistemas democráticos, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas-governo”, já que as privatizações e a crescente desregulamentação (não parece demais lembrar a discussão em torno da privatização dos estabelecimentos penitenciários e da execução das penas em geral) tem tido como seqüela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), e que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, chegando-se no quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais.¹⁹¹

Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas¹⁹², a própria noção de cidadania como direito a ter direitos¹⁹³ encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”.¹⁹⁴ Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem lembra Friedrich Müller, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda.¹⁹⁵

¹⁹¹ Cf. Luigi Ferrajoli. *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo y su Divergência de la Realidad*, p. 16 e seguintes.

¹⁹² Cumpre registrar, neste sentido, a advertência de José Eduardo Faria. "Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica". In: José Eduardo Faria, (Org.). *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 127 e seguintes, em instigante ensaio sobre o tema.

¹⁹³ Cf. a noção cunhada por Hannah Arendt, recolhida e divulgada, entre nós, por Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, especialmente p. 146 e seguintes.

¹⁹⁴ Cf. Boaventura Souza Santos, *op. cit.*, p. 23 e ss., dentre as diversas manifestações desta nova e perversa forma de fascismo, típica dos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, assume especial relevância a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas “civilizadas”, onde as pessoas – ainda – vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também a expressão cunhada por Boaventura Santos - do fenômeno do “fascismo do Estado paralelo”.

¹⁹⁵ Com efeito, para Friedrich Müller. Que Grau de Exclusão Social ainda pode ser tolerado por um Sistema Democrático?. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura. Edição Especial – Outubro 2000, especialmente p. 45 e seguintes, desenvolve a idéia de que a exclusão social acelerada e aprofundada pela globalização econômica, revela-se incompatível com um sistema democrático que efetivamente venha a merecer esta designação.

Neste mesmo contexto, há que deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão sócio-econômica – acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹⁹⁶ Assim, percebe-se que a redução do Estado, que, de há muito – especialmente sob a forma de Estado democrático (e social) de Direito – transitou do papel de “vilão” (no sentido de principal inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos,¹⁹⁷ nem sempre significa um aumento da liberdade e fortalecimento da democracia. Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do ideário neoliberal, verifica-se que a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social, acaba por levar, paralelamente ao enfraquecimento da soberania externa e interna dos Estados nacionais (ainda que com intensidade variável e mais acentuada na esfera dos países periféricos), a um fortalecimento do poder econômico, notadamente na dimensão supranacional.¹⁹⁸

Que os fenômenos ligeiramente enunciados têm contribuído, entre outros, para uma crise da sociedade, do Estado, do Direito e da cidadania, já constitui lugar comum. Que daí tenha resultado também uma ampla crise na esfera dos direitos fundamentais, igualmente parece dispensar maiores comentários e tem sido largamente alardeado. Sem que se pretenda aqui aprofundar a discussão, nem mesmo rastrear todas as causas e “sintomas” desta crise, verifica-se, contudo, que o aumento da opressão socioeconômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “fascismo societal” em um determinado Estado, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países tidos como desenvolvidos. Dentre estes reflexos, cumpre destacar: a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, notadamente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego¹⁹⁹; b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, pelo menos, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores;^{200c} ausência ou precariedade dos

¹⁹⁶ Cf. José Eduardo Faria, *Democracia e Governabilidade...*, cit., p. 145-146.

¹⁹⁷ Neste sentido, Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 344 e seguintes, que, ao retratar a evolução do Estado liberal de matriz burguesa para o assim denominado Estado Social, destaca que com este modelo de Estado “o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança...”.

¹⁹⁸ Cf. a lição, entre outros, de Jacob Gorender, “Estratégias dos Estados Nacionais diante do Processo de Globalização”, in: Regina M. F. Gadelha (Org.). *Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais*. São Paulo: EDUC, 1997, p. 80 e seguintes, que, no entanto, sustenta a manutenção do papel de destaque do Estado nacional, muito embora com contornos diversos e mais atenuados.

¹⁹⁹ A este respeito, v. também José Eduardo Faria, *Democracia e Governabilidade...*, cit., p. 143 e seguintes.

²⁰⁰ É em face da erosão crescente dos direitos sociais, e econômicos e culturais, agregada ao aumento da pobreza e dos níveis de desemprego estrutural, que Boaventura Souza Santos fala na transição – para os integrantes das classes despossuídas – de um “estatuto da cidadania” para um estatuto de “lumpencidadania”, isto é, para uma “cidadania de trapos”, em se fazendo uma tradução literal do alemão (*op. cit.*, p. 19). A respeito deste fenômeno v. ainda – dentre outros – Plauto Faraco de Azevedo. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, especialmente p. 96 e seguintes (versando a

instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais (no sentido de mantidas ou, pelo menos, supervisionadas pelo Estado) capazes de controlar o processo, resolvendo litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.²⁰¹ O quanto tais fatores influenciam diretamente na esfera penal (seja na esfera da criminologia e do direito penal, seja na esfera das políticas penais em geral²⁰²) dispensa, por ora, maiores comentários, bastando uma referência não apenas ao incremento da criminalidade em geral, mas especialmente ao crescimento e expansão do crime organizado, que igualmente atua além das estritas fronteiras dos Estados e, de resto, serve-se das inovações tecnológicas para aumentar ainda mais o seu poder e dificultar o seu combate.

Esta assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional dos Estados, para citar o aspecto mais candente) é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de

respeito das conseqüências da globalização e do ideário neoliberal em geral), assim como, mais recentemente, Daniel Sarmento. "Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional". *Revista de Direito Administrativo* nº 223: 154-155, 2001, destacando que, no âmbito do quadro de desemprego, diminui e, por vezes, desaparece o poder de barganha dos trabalhadores e de seus sindicatos, contribuindo para o processo de flexibilização dos direitos trabalhistas.

²⁰¹ Neste sentido, v. também José Eduardo Faria. "Direitos Humanos e Globalização Econômica: Notas para uma Discussão", in: *O Mundo da Saúde* 22: 74, 1998, alertando para a perda de uma parte significativa da jurisdição por parte do direito positivo e das instituições oficiais, em face do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, gerando, para além disso, um avanço de formas inoficiais ou não-oficiais de resolução dos conflitos, de tal sorte que se coloca a indagação de como os direitos fundamentais podem ser assegurados de forma eficiente pelo poder público quando este é relativizado pelo fenômeno da globalização, no âmbito do qual a política (ao menos tendencialmente, poderíamos acrescentar) perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão.

²⁰² No que diz com um ponto de vista criminológico da problemática remetemos aqui a Eugenio Zaffaroni, para quem a globalização econômica enterrou definitivamente o velho paradigma do simplismo etiológico, o que o autor exemplifica com um episódio banal e cotidiano, mas indicador da grande complexidade do problema, ao referir o caso de um adolescente que, em qualquer cidade latino-americana, ameaça outro, com arma de fogo, para roubar-lhe o tênis de grife. A seguir, o ilustre jurista elenca quatorze considerações relacionadas com o caso: 1) a *res furtiva* foi fabricada na Ásia, com trabalho infantil; 2) o roubo não se motiva por necessidade de sobrevivência, mas pela busca de um símbolo de *status* propagandeado mundialmente; 3) os pais do assaltante foram despedidos, para reduzir custos, pela mesma empresa (ou subsidiária) que explora o trabalho infantil na Ásia; (...) 10) não é raro que o pai da vítima reclame pena de morte, menos garantias e mais ação policial e que vote em políticos que propugnem tais recursos; 11) estes políticos desviam o investimento social, já escasso, para o sistema penal e seu clientelismo (corrupção), reduzindo ainda mais as oportunidades dos netos do pai do assaltado; 12) a polícia mais arbitrária será mais corrupta e permitirá maior contrabando e mercado negro de armas (maior violência); 13) a maior corrupção do sistema penal determinará que as próprias agências executivas convertam-se em engrenagens das organizações criminosas; 14) isso aumentará as chances da vitimização por seqüestro do investidor de classe média (pai do assaltado), e a conseqüente perda de seu capital (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", in: José Enrique Pierangeli (Coord.), *Direito Criminal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 18-20.

todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), além de não poder ser atribuída – o que parece elementar, mas convém seja frisado – apenas ao fenômeno da globalização econômica ou mesmo ao crescimento da pobreza. Basta, para ilustrar tal assertiva, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade das pessoas, no âmbito da sociedade informatizada, bem como sobre o meio ambiente, assim como no que diz com o desenvolvimento da ciência genética, demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar também em risco direitos fundamentais da pessoa humana, o que nos remete à problemática das funções do direito penal na assim designada “sociedade de risco” contemporânea²⁰³.

Para além disso, cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo) , como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação²⁰⁴.

A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção, que ainda serão objeto de desenvolvimento logo mais adiante. Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder²⁰⁵.

Oportuno que se consigne, ainda, que a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa

²⁰³ A respeito das questões genéricas que envolvem a noção e implicações da sociedade de risco, v. o clássico Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986; . Na esfera jurídico-penal, destacamos o estudo de Jorge de Figueiredo Dias, “O direito penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade de Risco’”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 33, pp. 43-51, ao qual remetemos para maior desenvolvimento e que voltará a ser objeto de referência mais adiante.

²⁰⁴ Discutindo a problemática do papel do Estado Democrático de Direito, do Poder Judiciário e do Ministério Público no contexto de um garantismo que possa dar conta também da efetiva proteção penal dos bens transindividuais, v. o recente contributo de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição – A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁰⁵ Cfr. Alessandro Baratta, “Kriminalpolitik und Verfassung”, in: *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 2/2003, p. 212-13.

sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver este aspecto, constata-se, com efeito, uma progressiva descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros "privilégios" de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os "sem-terra" e os "com terra", os "sem-teto" e os "com teto", bem como os "com-saúde" e os "com-educação" e os que aos mesmos não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelos mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da "tolerância zero" tal como praticado em alguns pontos dos EUA,²⁰⁶ tudo revelando que cada vez menos se toma a sério os direitos fundamentais, inclusive no que diz com a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional.

Com efeito, quando ao abrir as páginas de um expressivo periódico depara-se com depoimentos de cidadãos apoiando e até mesmo elogiando a atitude de integrantes da polícia militar que, após terem detido e imobilizado o autor de um simples furto, passaram a espancá-lo diante das câmeras da televisão²⁰⁷, evidentemente não se poderá deixar de repetir a pergunta tão significativa que foi feita a todos - e que todos deveriam repetir diariamente - em conhecida canção do repertório nacional (Renato Russo): "Que país é este?!", sintomaticamente um brado da "Legião Urbana".

O quanto a constitucionalização dos direitos sociais e das promessas veiculadas pelas diversas normas de cunho programático inseridas na Constituição de 1988 (e bastaria lembrar o teor dos diversos e generosos objetivos fundamentais da República constantes do artigo 3º, a começar pela erradicação da pobreza e superação das desigualdades), no âmbito daquilo que Marcelo Neves, em impactante estudo, designou de "constitucionalização simbólica",²⁰⁸ tem contribuído para um sentimento generalizado de frustração das expectativas criadas pelo discurso

²⁰⁶ Basta lembrar aqui a experiência (intolerante e, portanto, desproporcional) patrocinada a partir da gestão de Giuliani na Prefeitura de Nova Iorque, movida pelo intento de libertar o "cidadão de bem" das "garras do crime", bem como a "teoria das janelas quebradas", idealizada também nos EUA por James Q. Wilson e George Kelling, no início da década de 1980, que partem da idéia de que a relação entre desordem e criminalidade é mais forte que outras causas (pobreza, discriminação das minorias raciais, etc.), além de tentarem demonstrar a relação de causalidade entre criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções. Para maiores detalhes, confira-se Daniel Sperb Rubin, "Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade", in: *Revista do Ministério Público -RS*, nº 49, Porto Alegre., jan/mar/2003, pp. 175-200, se que se esteja a endossar todas as conclusões do autor.

²⁰⁷ Cuida-se de apenas um dos inúmeros fatos veiculados pelos diversos meios de comunicação nos últimos anos, de tal sorte que a referência é feita em caráter meramente ilustrativo.

²⁰⁸Cfr. Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Acadêmica, 1994, onde o autor, entre outros aspectos, contrapõe a constituição simbólica (considerada em parte na sua condição de instrumento de manipulação social por meio de proposital inserção de promessas não destinadas a uma implementação efetiva no texto constitucional) à constituição normativa. Neste mesmo contexto, o autor invoca a figura simbólica da "legislação-álibi", inclusive no âmbito penal, ao ressaltar - com inteira razão - que nesta seara "as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes" (op. cit., p. 38).

constituente e em que medida tais frustrações acabaram por se converter em condutas agressivas aos direitos fundamentais, não nos parece tenha condições de ser avaliado com razoável margem de acerto, muito embora não se possa descartar de plano tal efeito colateral. De certo modo – ainda que aqui não se possa desenvolver o ponto e a despeito do nosso ceticismo em relação a tais posições – os riscos daquilo que chegou a ser chamado de uma hipertrofia dos direitos fundamentais, no sentido de uma espécie de panjusfundamentalismo²⁰⁹, poderiam, de fato, contribuir de algum modo para uma simultânea maximização das esperanças e das frustrações, concorrendo para o agravamento da já referida crise de confiança e identidade dos direitos fundamentais, outorgando infelizmente uma atualidade surpreendente (ainda que diverso o contexto e em boa parte diferenciadas as razões) à alusão feita pelo conhecido filósofo existencialista alemão, Karl Jaspers, ainda na primeira metade do século XX, ao discorrer sobre a inconfiabilidade dos direitos humanos, destacando, entre as causas deste fenômeno, a falta de compreensão do que significam os direitos humanos por expressiva parcela da humanidade e da sua diminuta e muitas vezes até ausente eficácia e efetividade²¹⁰.

Que a polarização (inevitavelmente acompanhada de uma boa dose de paranóia e até mesmo – pelo menos em algumas situações – de um sentimento de histeria coletiva) instaurada no seio da sociedade – e nisso provavelmente reside a maior ameaça – abre as portas para a manipulação e toda a sorte de medidas arbitrárias e erosivas do Estado democrático de Direito, ainda que sob o pretexto de serem indispensáveis para a segurança social, parece evidente e reclama medidas urgentes. O fascismo societal do qual fala Boaventura Santos, não apenas ressuscita a antiga máxima hobbesiana de que o homem é o lobo do homem (como condição legitimadora do exercício da autoridade estatal) mas reintroduz (ainda que de modo disfarçado) no discurso teórico de não poucos analistas sociais, políticos e jurídicos, a oposição amigo-inimigo cunhada por Carl Schmitt no seu conhecido e controverso ensaio sobre o conceito do político²¹¹, abrindo as portas para a implementação de sistemas penais diferenciados, ao estilo de um direito penal do inimigo e da política criminal “sombria” da qual nos fala Hassemer, mediante a instauração de medidas criminais eminentemente policiaescas, obedientes à lógica dos fins que justificam os meios, demonstrando o caráter regressivo dos movimentos de lei e ordem²¹². Neste mesmo contexto, que aqui só cabe esboçar, importa mencionar as instigantes palavras de Juarez Tavares, por ocasião de palestra (ainda não publicada) proferida em recente encontro promovido pelo Serviço de Intercâmbio Acadêmico da Alemanha (DAAD), no sentido de que não se pode negligenciar o papel da mídia na

²⁰⁹ Cfr. José Casalta Nabais, “Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais”, in: *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 965 e ss.

²¹⁰ Cfr. Karl Jaspers, *Wahrheit und Bewahrung*, München-Zürich: R. Piper & Co. Verlag, 1983, p. 192-93, lembrando, contudo, que mesmo a mera formulação e reconhecimento dos direitos humanos (que – segundo Jaspers – alcançam eficácia jurídica apenas quando acolhidos na condição de direitos fundamentais nas Constituições, ob. cit., p. 189), acaba fortalecendo o respeito do ser humano por seus semelhantes, além de clarificar as conseqüências jurídicas dos direitos juridicamente assegurados. Vale lembrar que o pensamento de Jaspers foi elaborado (ainda que já após a segunda guerra mundial) quando ainda não estava devidamente implantado o sistema europeu e internacional de proteção dos direitos humanos e ainda se faziam sentir de modo agudo os reflexos das experiências totalitárias na própria Alemanha e o fracasso da Liga das Nações.

²¹¹ Cfr. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 6ª ed. (reimpressão da edição de 1963) Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

²¹² Cfr. Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputación e n Derecho Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 1999, onde tal temática é desenvolvida em alguns dos expressivos ensaios que compõe a obra.

“construção” de uma política criminal cada vez mais despótica e casuística, o que se torna perceptível a partir da influência dos meios de comunicação sobre a legislação penal²¹³, assim como pela tendência – que entre nós poderia ser facilmente demonstrada a partir de alguns exemplos – do legislador atuar de modo casuístico e no mais das vezes movido pela pressão da sociedade em assegurar padrões toleráveis de segurança contra a criminalidade, sem maior preocupação com os resultados concretos e, menos ainda, com a legitimidade constitucional das opções tomadas²¹⁴. Ainda neste contexto, não é demais lembrar a doutrina de Jayme Weingartner que, recolhendo as lições de Zaffaroni no tocante ao papel dos meios de comunicação, destaca que uma “mídia espetáculo” acaba por produzir um “político-espetáculo” e a edição de uma legislação penal distorcida (já que movida pelo objetivo maior da publicidade) e, no mais das vezes, reprodutora da violência e exclusão²¹⁵.

Soma-se a isto, o fato de que as políticas criminais adotadas, além de não servirem de instrumento para o combate aos efeitos nefastos do fascismo societal, acabam, de certo modo, retroalimentando e, neste sentido, estimulando os níveis de polarização na sociedade. Com efeito, como bem o demonstrou Alessandro Baratta, deixa-se de assegurar os direitos à segurança dos grupos marginalizados e “perigosos” (em outras palavras, dos sem direitos efetivos), de tal sorte – e este aspecto convém seja destacado – que todo o segmento populacional que se encontra excluído do exercício satisfatório dos seus direitos econômicos e sociais (e, portanto, sofre uma violação contínua destes direitos) acaba sendo alçado à condição de potencial agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população (integridade corporal e propriedade), de modo que, por esta via, o Estado busca efetivar os seus deveres de proteção encarando os grupos sociais mais fracos como fatores de risco, priorizando a política criminal e negligenciando as suas obrigações no âmbito da

²¹³ A palestra do autor foi proferida em 22 de agosto de 2003, no Hotel Meridien, Rio de Janeiro, encontrando-se em vias de publicação. Outrossim, convém lembrar aqui o exemplo da assim designada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072 /90) a partir das pressões feitas pela atriz, diretora e produtora de teatro, televisão e cinema Glória Perez por intermédio da grande mídia, após o lamentável assassinato de sua filha Daniela Perez, sem que se vá aqui (ainda) adentrar o mérito desta e de outras providências tomadas pelo legislador.

²¹⁴ Neste mesmo contexto insere-se a discussão em torno dos riscos de um direito penal emergencial e de uma legislação movida mais pelo calor do momento do que por uma preocupação com a efetiva proteção dos direitos fundamentais, de tal sorte que as palavras “lei e ordem” passam a assumir um papel de destaque nos discursos oficiais, tal como bem lembra Diego Camaño Viera, “Ley de urgência y derecho penal de la emergencia”, in: *Revista de Estudos Criminais*, nº 6, 2002, p. 78 e ss. Entre nós, v., entre outros, os diversos ensaios que integram a obra de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *O Direito Penal na Era da Globalização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, assim como a análise de José Eduardo Faria, “Estado, Direito e Sociedade”, in: José Eduardo Faria e Rolf Kuntz, *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalistas*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 114 e ss., analisando o impacto da globalização econômica sobre o direito penal, inclusive com a tendencial flexibilização de princípios fundamentais como o da territorialidade (seja pela criação de instâncias supranacionais de persecução e julgamento, seja pela impossibilidade de a ordem jurídica estatal combater a criminalidade internacional e organizada que não restringe sua prática delitiva às fronteiras do Estado atingido), da legalidade e tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente ambíguos e indeterminados, etc.

²¹⁵ Cfr. Jayme Weingartner Neto, *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa. Uma pauta de justificação penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002, p. 108 e ss. (especialmente pp. 113-14).

segurança social.²¹⁶ Da mesma forma – e talvez por esta mesma razão – o garantismo penal na sua dimensão negativa acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário, que por vezes prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo, mas quem em regra, não cometidos pelos integrantes dos grupos marginalizados, bastando aqui o registro da tendencial descriminalização, entre nós, dos delitos contra a ordem tributária, de constitucionalidade questionável se formos analisar a questão à luz da teoria dos deveres de proteção do Estado.

Diante do quadro esboçado, vislumbra-se, desde logo, que a discussão em torno das funções e limites do direito penal num Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é a de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar)²¹⁷, o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do Direito Penal. Por mais que não se possa - nem aqui e nem nos passos subsequentes – aprofundar estas dimensões, elas estarão presentes ao longo de todo o nosso estudo, de tal sorte que voltaremos a nos pronunciar a respeito.

Por outro lado, convém destacar que as considerações anteriores (necessariamente sumárias e ilustrativas), remetem a questionamentos e análises que transcendem as fronteiras do jurídico e, portanto, reclamam uma abordagem multidisciplinar e interdisciplinar resulta evidente, mas também é elementar o quanto contribuem para uma adequada – embora conscientemente simplificada – contextualização do debate e da problemática versada neste ensaio.

Assim, feitas estas ponderações, cumpre avançar na identificação mínima dos pressupostos teóricos da presente análise.

2 – Alguns pressupostos teóricos para uma abordagem constitucionalmente adequada da temática

2.1 - A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos

Em que pese o substancial consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (pelo menos no âmbito da dogmática constitucional europeia continental²¹⁸), importa consignar, desde já, que, no

²¹⁶ Cfr. Alessandro Baratta, *Kriminalpolitik und Verfassung*, p. 213-14.

²¹⁷ Neste sentido, as ponderações de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição...*, p. 22-23.

²¹⁸ Como contraponto, vale destacar – sem que aqui se vá desenvolver este aspecto – a ausência de um desenvolvimento dogmático similar no direito constitucional norte-americano, o que não significa que não exista uma profícua e influente produção versando sobre os valores constitucionais no âmbito das discussões em torno dos limites e da legitimação da interpretação constitucional. Neste sentido, v. o contributo de Daniel Sarmento, “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria”, in: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Org), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 04, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73 e ss, o qual bem aponta que a objeção de um ilegítimo ou pelo menos exagerado ativismo judicial, especialmente por conta dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional, assim como de uma espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais, notadamente em

concernente ao seu conteúdo, significado e suas diversas implicações, ainda permanecem sérias controvérsias na doutrina e jurisprudência, dissídio este que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.²¹⁹ Sem incorrer na tentativa improdutiva e, além do mais, fatalmente destinada à incompletude de tomar posição a respeito da terminologia mais adequada, o estudo limita-se a traçar, em linhas gerais, as características básicas e as diferentes facetas inerentes à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, centrando a nossa atenção nos aspectos diretamente vinculados ao tema precípuo deste trabalho.

Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais,²²⁰ é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso “Lüth”, na qual, além de outros aspectos relevantes (notadamente a referência ao conhecido – mas nem por isso incontroverso – “efeito irradiante” dos direitos fundamentais), foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores,²²¹ ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e

função dos desdobramentos de sua dimensão objetiva, também tem sido constantemente argüida na Alemanha (basta referir aqui autores do porte de Habermas, Hesse e Böckenförde), de tal sorte que também aqui existem importantes convergências com o direito norte-americano (op. cit., p. 75 e ss.).

²¹⁹ Esta a advertência de Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, in: *Der Staat* 29 (1990), p. 51, que, em caráter meramente exemplificativo, refere as seguintes expressões ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que foram extraídas da doutrina e da jurisprudência: ordem objetiva de valores, sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos, etc. Em que pese a o uso habitual da terminologia “dimensão objetiva e subjetiva”, convém ressaltar que, com o objetivo de evitar eventuais equívocos relacionados ao problema das diversas dimensões (como sucedâneo do termo “gerações”) dos direitos fundamentais, preferimos utilizar a expressão “perspectiva objetiva e subjetiva”.

²²⁰ Oportuna torna-se aqui a referência, ainda que exemplificativa, à doutrina das garantias institucionais desenvolvida com base nas lições de Martin Wolff e Carl Schmitt sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, bem como da dimensão axiológica da Constituição, encontrada especialmente na obra de Rudolf Smend, *Constitucion y Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 37-128 e, no que diz com o conteúdo material e efeito integrador dos direitos fundamentais, pp. 225-34. Para o autor, a função integrativa da Constituição apóia-se justamente nos valores essenciais de uma determinada comunidade, em cuja base situam-se os direitos fundamentais.

²²¹ Como bem lembra Erhard Denninger, in: Rudolf Wassermann (Org), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar)*, vol. I, 2ª ed., Neuwied: Luchterhand, 1989, p. 189, já no segundo volume da coletânea oficial de suas decisões (BVerfGE 2, 1/12), o Tribunal Federal Constitucional já havia feito referência, neste caso reportando-se à Constituição na sua totalidade, a uma ordem de valores vinculativa de todos os órgãos estatais, baseada principalmente nos valores fundamentais na dignidade humana, na liberdade e na igualdade.

executivos.²²² Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais,²²³ entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura.²²⁴ Que também a dignidade da pessoa humana – na condição precisamente de valor e princípio central e fundamental da ordem jurídico-constitucional apresenta uma dimensão objetiva (até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais, pelo menos em princípio, nela encontrarem o seu fundamento e referencial) resulta evidente, dispensando aqui maior referência.

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.²²⁵ Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que prevêem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva,²²⁶ e que, além disso, desemboca no reconhecimento de

²²² Cf. BVerfGE 7, 198/204 e ss., posteriormente objeto de ratificação em uma série de outras decisões (por ex., BVerfGE 49, 89/141 e ss, e, mais recentemente, em BVerfGE 98, 365/395).

²²³ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1995, pp. 20-1, que, neste contexto, aponta para a função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, neste sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático.

²²⁴ Em face de sua relevância para o desenvolvimento, fora da Alemanha, do entendimento de que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, passamos a transcrever os trechos do acórdão prolatado em 1981 (STC 25/1981, FJ 5º), tal como citado na coletânea de Francisco Rubio Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona: Ariel, p. 77: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución [...] Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales [...] se recoge en el art. 10.1 de la CE”. Cumpre aduzir, em homenagem à completude, que o artigo 10.1 da Constituição Espanhola de 1978 reza que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

²²⁵ Esta a oportuna advertência de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 144. Na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação (Assim, cf. Horst Dreier, “Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte”, in: *JURA* 1994, p. 509).

²²⁶ Cf., dentre tantos, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 143.

conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.²²⁷ É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também - naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais - uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais,²²⁸ mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e sobre as quais ainda iremos tecer algumas considerações.²²⁹

Antes de procedermos à apresentação dos desdobramentos específicos mais relevantes da perspectiva objetiva, importa sublinhar quatro aspectos de suma relevância para a sua compreensão. Inicialmente, partindo do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras (considerando-se a Constituição como sistema aberto de regras e princípios), há que ter em mente a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre os princípios e a perspectiva objetiva, de tal sorte que, em termos gerais e na esteira de Alexy, se pode falar em regras e princípios que asseguram direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos.²³⁰ De outra banda, há que distinguir entre a significação da perspectiva objetiva no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos (de resto, objeto de um número considerável de críticas)²³¹ e a sua igualmente já citada mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva²³², salientando-se a relevância de ambos os aspectos para a teoria jurídica contemporânea dos direitos fundamentais. Além disso, se à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais é de ser atribuída uma significação

²²⁷ Neste sentido, por exemplo, Horst Dreier, in: *JURA* 1994, p. 509.

²²⁸ Cfr. leciona José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 165. Saliente-se, todavia, que a expressão mais-valia não deve ser considerada no sentido negativo que lhe atribuiu a doutrina marxista, mas, sim, como expressão de uma força jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

²²⁹ Citem-se aqui, pela sua importância, o desenvolvimento da categoria dos deveres de proteção do Estado ("Schutzpflichten"), da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (status activus processualis) e a problemática da sua eficácia provada ("Drittwirkung"), apenas para permanecermos no terreno da consensualidade.

²³⁰ Neste sentido, a precisa lição de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 545, recepcionando assim no direito lusitano o entendimento de Robert Alexy, in: *Der Staat* 29 (1990), pp. 55 e ss, quando, em estudo fundamental sobre a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, demonstrou que a distinção entre regras e princípios é neutra em relação à distinção entre a perspectiva subjetiva e objetiva, no sentido de que tanto normas que garantem direitos subjetivos, quanto normas que vinculam apenas objetivamente o Estado podem ter carácter principiológico.

²³¹ A respeito deste ponto, notadamente sobre a noção da Constituição como ordem objetiva de valores e uma resenha de algumas das principais críticas direcionadas a esta concepção por parte da doutrina, remetemos ao estudo de Daniel Sarmento, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais...*, p. 72 e ss.

²³² Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 145, que aponta para a existência de dois planos distintos e inconfundíveis no que tange à dimensão comunitária (objetiva) dos direitos fundamentais, quais sejam, uma dimensão valorativa ou funcional e o que denomina de dimensão jurídica estrutural.

jurídico-objetiva (no sentido de que de modo geral a dignidade e os direitos fundamentais integram e expressam também uma ordem objetiva de valores) também é certo que as conseqüências concretas a serem extraídas da dimensão objetiva não são necessariamente as mesmas em se considerando os diversos direitos fundamentais individualmente²³³. Por derradeiro, cumpre frisar que no âmbito desta sumária apresentação da perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais não nos estamos limitando a qualquer uma das facetas específicas que a matéria suscita. Mesmo sem qualquer pretensão à completude e exaustão, é nossa intenção traçar um quadro o mais abrangente possível, no mínimo com uma breve referência aos pontos que parecem mais relevantes.²³⁴

Ainda que para alguns (e não sem razão) a questão ora referida não integre a problemática propriamente dita da perspectiva objetiva como função autônoma dos direitos fundamentais,²³⁵ importa consignar aqui que ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o "status" fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra simultaneamente protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.²³⁶ Tendo em mente que, sob este aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais, cuida-se aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado.²³⁷ Aqui estamos diante de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, que, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, tal como já foi objeto de referência, incluída aqui a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.

Como uma das implicações diretamente associada à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de liberdade) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e

²³³ Cfr. a oportuna consideração de Hans D. Jarass, "Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen", in: Peter Badura e Horst Dreier (Org), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 37-8.

²³⁴ Neste contexto cumpre referir o levantamento minucioso dos múltiplos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais efetuado por Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 541-2, sem que possamos, no entanto, adentrar o exame isolado de cada uma destas facetas da perspectiva objetiva.

²³⁵ Este o entendimento, dentre outros, de Horst Dreier, in: *JURA* 1994, p. 509.

²³⁶ Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Muller, 1995, p. 133.

²³⁷ Esta a observação pertinente de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 11ª ed., Heidelberg: C.F. Muller, 1995, p. 23.

concretizar.²³⁸ Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.²³⁹ É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também e de certa forma, que contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes²⁴⁰ e desde que estejamos atentos ao fato de que com isto não se está a legitimar uma funcionalização (e subordinação apriorística) dos direitos fundamentais em prol dos interesses da coletividade²⁴¹, aspecto que, por sua vez, guarda conexão com a discussão em torno da existência de um princípio da supremacia do interesse público que aqui não iremos desenvolver²⁴². É neste contexto que alguns autores têm analisado o problema dos deveres fundamentais, na medida em que este estaria vinculado, por conexo, com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na sua aceção valorativa. Tendo em

²³⁸ Neste sentido, dentre outros, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 144-5.

²³⁹ A idéia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, em que pese sua posterior recepção na doutrina lusitana (cf., dentre outros, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 146), encontra-se formulada já na jurisprudência constitucional alemã do início da década de cinquenta. Neste sentido o Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE* 4,7 e ss.), já se havia posicionado a favor de uma concepção do indivíduo como inserido numa comunidade e vinculado aos valores fundamentais desta ("die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums" = vinculação comunitária do indivíduo).

²⁴⁰ Sobre o sentido e o alcance desta dimensão comunitária e valorativa da função objetiva dos direitos fundamentais no direito luso-brasileiro há que destacar a obra já citada de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 145 e ss., da qual extraímos a noção referida.

²⁴¹ Cfr. a oportuna lembrança de Daniel Sarmento, *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais...*, p. 67.

²⁴² A respeito da prevalência, ou não, do interesse público sobre o interesse privado registra-se fecunda e ampla discussão na doutrina, inclusive pátria. Desde logo, destacamos que aderimos, em princípio, à posição bem fundamentada de Juarez Freitas, *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 52-56, que, em linhas gerais, sustenta a inexistência de uma supremacia apriorística do interesse público em face do privado, pois tal hierarquização demanda o exame das circunstâncias do caso concreto, de tal sorte que as ações estatais estarão sempre subordinadas ao princípio da dignidade da pessoa humana (no mesmo sentido v. os desenvolvimentos mais recentes do autor, no seu *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225, à luz da idéia de uma superação da dicotomia rígida entre público e privado). Sustentando posição diversa, não poderíamos deixar de referir, pela sua influência e justa autoridade, a tese em prol de uma supremacia do interesse público, esgrimida por Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87 e ss., assim como o debate travado entre Humberto Bergmann Ávila, "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org), *Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 99-127, e Fábio Medina Osório, "Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?", in: *Revista de Direito Administrativo* nº 220, abr./jun. 2000, pp. 69-107.entre outros.

vista, contudo, que os deveres fundamentais não constituem o objeto precípua deste estudo, deixaremos aqui de adentrar o exame desta matéria complexa e controversa, em que pese sua reconhecida relevância²⁴³.

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que de modo incontroverso exercem a função de direitos subjetivos, como ocorre com os direitos de liberdade, entre outros) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.²⁴⁴ Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que - exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual - impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos, o que nos remete - entre outros aspectos - ao exame das normas assim denominadas de programáticas e à atual discussão em torno do constitucionalismo dirigente e da eficácia dos assim denominados direitos sociais²⁴⁵. Ainda que não se possa aqui desenvolver este aspecto, não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõe e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.

Sem prejuízo das demais funções já referidas, os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.²⁴⁶ Ainda que aqui nos estejamos situando no terreno da obviedade e que não se trate, neste contexto, propriamente de um reforço autônomo da juridicidade dos direitos fundamentais, já que toda norma constitucional, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, necessariamente pode servir (em maior ou menor grau) de referencial para a aferição da validade do restante do ordenamento jurídico, julgamos oportuno frisar que também esta consequência se encontra vinculada à condição de direito objetivo

²⁴³ Para quem quiser desenvolver a questão dos deveres fundamentais, remetemos à profunda análise - dentre a literatura em língua portuguesa - de José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Almedina, 1998.

²⁴⁴ Neste sentido, v. a lição de Konrad Hesse, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", in: *EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift)* 1978, p. 433.

²⁴⁵ Sobre a temática do constitucionalismo dirigente, v. a recente e estimulante coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, que retrata um qualificado debate entre um grupo de autores nacionais e o jurista lusitano Gomes Canotilho. Bem sustentando, também entre nós, as virtudes do constitucionalismo dirigente, v. ainda os decisivos contributos de Gilberto Bercovici, "A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 142, abr/jun. 1999, p. 41 e ss. e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 106 e ss.

²⁴⁶ Cf., dentre outros, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 161.

peculiar a todos os direitos e princípios fundamentais, sendo versada habitualmente no âmbito de uma eficácia negativa das normas constitucionais²⁴⁷.

Se até agora nos estivemos movimentando no âmbito da perspectiva objetiva na sua aceção valorativa, e não na esfera do desenvolvimento de novos conteúdos que podem integrar, de acordo com a distinção feita por Vieira de Andrade, a perspectiva jurídico-objetiva sob o aspecto de sua caracterização como um reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais, impõe-se que nos posicionemos também nesta seara. Mais propriamente, para evitar eventual confusão com os pontos que acabamos de desenvolver, cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados aos direitos fundamentais na sua condição de normas de direito subjetivo.²⁴⁸ Como bem lembra K. Hesse, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente axiológica, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva²⁴⁹ e cujos aspectos peculiares já foram objeto de breve referência.

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais costuma apontar-se para o que a doutrina alemã – de modo não imune a importantes críticas –²⁵⁰ denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais e, por evidente, do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.²⁵¹ A técnica da

²⁴⁷ Sobre a eficácia negativa, e, de modo geral, sobre os diversos efeitos concretos dos princípios constitucionais, v., dentre outros, recentemente, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, "O Começo da História – A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro", in: *Revista Interesse Público* nº 19 (2003), p. 74 e ss.

²⁴⁸ A este respeito, v. a lição de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 161.

²⁴⁹ Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge...*, p. 135.

²⁵⁰ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999 (existe tradução em língua portuguesa sob o título *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2003), pp. 30-31, afirmando que a expressão eficácia irradiante não possui consistência dogmático-jurídico, não representando mais do que uma fórmula vaga e imprecisa extraída da linguagem cotidiana.

²⁵¹ V., dentre outros, as atualizadas manifestações de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, p. 23 e ss., bem como de Michael Sachs, "Vorbermerkungen zu Abschnitt I", in: Michael Sachs (Org), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, 1996, p. 79. No direito lusitano estes efeitos da dimensão objetiva encontram-se arrolados de forma clara e didática na obra de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 168-9, que, neste contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta, ainda, para a existência de uma obrigação geral de respeito vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Neste sentido, entendemos que este dever geral de respeito tanto diz respeito à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada. Entre nós, a interpretação dos direitos fundamentais encontra-se primorosamente tratada, entre outras tantas obras de valor, no referencial curso do Prof. Paulo Bonavides, *Curso de*

interpretação conforme, como bem sinalou Daniel Sarmento, muito embora constitua valioso instrumento para a concretização da eficácia irradiante, não exclui outras manifestações desta última, já que a aplicação dos valores constitucionais mais elevados às situações concretas não se verifica (pelo menos não se deveria verificar) apenas em situações de cunho patológico²⁵², reclamando uma verdadeira filtragem constitucional²⁵³ que, em linhas gerais, encontra expressão na permanente necessidade de uma interpretação prospectiva²⁵⁴ e emancipatória²⁵⁵ da ordem jurídica à luz do espírito da Constituição²⁵⁶. Associado a este efeito irradiante dos direitos fundamentais encontra-se, portanto, o assim designado fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do Direito (com todas as suas seqüelas, a começar pela já referida superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado e da afirmação da noção de unidade do sistema jurídico), bem como a problemática mais específica da sua eficácia na esfera nas relações entre particulares, temática que, por sua vez, desborda dos limites deste trabalho. Importa frisar, no tocante ao nosso objeto de estudo, que em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem* constitucional também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade e das suas diversas manifestações, sobre o que, de resto, voltaremos a nos pronunciar²⁵⁷.

Além das funções já referidas e dos outros desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo – notadamente em virtude de sua particular repercussão para a

Direito Constitucional, pp. 532 e ss, assim como, mais recentemente, no igualmente já clássico trabalho de Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito...*, especialmente p. 189 e ss.

²⁵² Cfr. Daniel Sarmento, *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais...*, p. 80-81.

²⁵³ A respeito deste tema v. a obra específica de Paulo Ricardo Schier, *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

²⁵⁴ Nesta perspectiva v. as já clássicas contribuições em língua portuguesa de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988 (ao destacar que com a promulgação de uma nova Constituição ocorre a novação da ordem jurídica e, portanto, a sua necessária reinterpretação) e, entre nós, de Luís Roberto Barroso, *Aplicação e Interpretação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145 (falando-nos de uma interpretação evolutiva) e Lênio Luís Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, em linhas gerais, bem lembrando que não se deve olhar o novo com os olhos do velho, isto é, com o olhar voltado para trás.

²⁵⁵ Clèmerson Merlin Clève, "Teoria Constitucional e o Direito Alternativo", in: *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, referindo que por meio da constitucionalização (notadamente pela via interpretativa) os valores emancipatórios contidos na Constituição incidirão sobre a ordem jurídica infraconstitucional.

²⁵⁶ De modo geral, estamos a nos mover aqui em seara a respeito da qual (pelo menos no concernente à necessidade de uma interpretação conforme a Constituição e um filtragem constitucional da normativa infraconstitucional) existe já expressiva e qualificada doutrina no direito pátrio, não sendo o caso de desenvolver esta perspectiva.

²⁵⁷ É nesta perspectiva que se situa, por exemplo, a impactante afirmação de Winfried Hassemer, "Segurança Pública no Estado de Direito", in: *Três Temas de Direito Penal*, Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 70, no sentido de que o direito processual penal não é outra coisa senão direito constitucional aplicado

temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados,²⁵⁸ função esta muitos tratam sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere especialmente Canaris. O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e não de principal detrator – dos direitos fundamentais²⁵⁹. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.²⁶⁰ No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente - mas não exclusivamente - aos direitos fundamentais à vida e integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.²⁶¹ Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição, será possível encontrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nesta categoria.²⁶²

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém lembrar que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que - para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais, pode ser reconduzido ao

²⁵⁸ A este respeito, v., dentre outros, Konrad Hesse, *Grundzüge...*, p. 155, e Michael Sachs, in: *Grundgesetz...*, pp. 79-80.

²⁵⁹ Cfr. Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 17 e ss.

²⁶⁰ Esta a lição, dentre outros, de Peter Badura, *Staatsrecht*, München: C.H. Beck, 1986, p. 79; na literatura mais recente, v., por exemplo, Hans D. Jarass e BodoPieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed., München: C.H. Beck, 1995, p. 19.

²⁶¹ Neste sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, pp. 26-7; a respeito de exemplos expressamente positivados, Gerrit Manssen, *Staatsrecht I - Grundrechtsdogmatik*, München: Franz Vahlen, 1995, p. 17, que menciona os arts. 1º, inc. I (dignidade humana), e 6º, inc. IV (proteção da maternidade), da Lei Fundamental.

²⁶² Assim, poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do artigo 5º, "caput", da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5º, inc. XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, inc. XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7º, inc. X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inc. XXVII (proteção legal contra a automação) e art.7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expressos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas na esfera dos direitos fundamentais.

princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.²⁶³

Para além disso, situa-se a discussão em torno dos pressupostos para a incidência de um dever de proteção e o seu reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais, em outras palavras, da legitimação para a intervenção do controle judicial nesta seara. Neste sentido, vale colacionar a lição de Canaris, para quem deverá haver a concorrência dinâmica dos seguintes critérios: a) a incidência da hipótese normativa de um direito fundamental, o que resta afastado quando se pode partir do pressuposto que determinadas hipóteses estão desde logo excluídas do âmbito de aplicação de determinada norma jusfundamental; b) necessidade de proteção e de seus indicadores: ilicitude da conduta, efetiva ameaça ao bem fundamental e dependência (no sentido próximo de uma suscetibilidade) do titular do direito fundamental ameaçado em relação ao comportamento de terceiros²⁶⁴. Que os critérios elencados por Canaris não excluem outras posições e igualmente não são imunes a críticas, não afasta a circunstância de que um dever de proteção (e, portanto, um dever de atuação do Estado) carece de uma especial justificação para o seu reconhecimento e reclama especial cuidado no seu controle.

Deixando de lado – neste contexto - a controvérsia que grassa em torno da possibilidade de se deduzirem, com base nos deveres de proteção do Estado (isto é, na função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) certas posições jurídicas subjetivas, de modo especial o reconhecimento de um direito individual subjetivo a medidas ativas de proteção por parte dos poderes públicos²⁶⁵ – desde logo constata-se o quanto tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção de direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos. Aliás, tomando-se o caso da Alemanha – foi justamente nesta seara (mais precisamente por ocasião do debate em torno da proteção do direito à vida e da descriminalização do aborto) que a teoria dos deveres de proteção acabou encontrando receptividade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal²⁶⁶. Os desenvolvimentos doutrinários e

²⁶³ Sobre este fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. Ingo von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 26.

²⁶⁴ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 72 e ss.

²⁶⁵ Sobre o ponto, v., dentre outros, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 410 e ss.

²⁶⁶ Neste sentido, a paradigmática decisão encontrada em *BVerfGE* vol. 39, especialmente p. 49 e ss (houve uma segunda decisão a respeito da descriminalização do aborto, do dia 28.05.93, {*BVerfGE* 88, p. 203 e ss.} que acabou chancelando a figura da assim denominada proibição de insuficiência, que será objeto de análise um pouco mais detida neste estudo, mas que, em linhas gerais, não desbordou – naquilo que interessa aos deveres de proteção – essencialmente da primeira) Nesta mesma linha (notadamente no concernente ao reconhecimento de deveres de proteção estatais) situam-se importantes decisões de outros Tribunais Constitucionais, com destaque para a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (Sentença nº 53, de 1985), e, mais recentemente, do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 288, de 18.04.98). Em todas estas decisões assumiu papel de destaque o argumento de que o Estado tem um dever de proteção da vida mesmo contra a pessoa da mãe e que tal dever exige a implementação de um sistema legal de proteção da vida, que, considerando a natureza do valor em causa, inclui uma proteção na esfera jurídico-penal, de tal sorte que também a descriminalização de condutas ofensivas a bens fundamentais pode ser impugnada por inconstitucional.

jurisprudenciais na esfera jurídico-penal, notadamente no concernente à proteção penal de determinados bens fundamentais, constituem, em linhas gerais, uma das mais relevantes manifestações desta dimensão dos direitos fundamentais. Por mais que se queira discutir se a finalidade primeira do direito penal é, ou não, a proteção de determinados bens jurídicos (e se apenas bens fundamentais são dignos da tutela por intermédio do direito penal)²⁶⁷, certo é que a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio – a sua proteção, não importando (neste contexto) o quão efetiva é a proteção, quais os seus limites e até mesmo se existe para tanto uma justificativa. Tais considerações, por sua vez, remetem-nos diretamente ao princípio (ou postulado, como preferem alguns) da proporcionalidade e às suas aplicações na esfera jurídico-penal. Por esse motivo, mesmo que aqui não tenhamos a pretensão – nem possibilidade – de aprofundar o tema naquilo que diz especialmente com as teorias sobre a justificação e os fins da pena e do direito penal (temática que, de resto, tem sido largamente tratada pela doutrina penal) não há como deixar de sublinhar mais alguns aspectos imprescindíveis ao nosso propósito. É o que faremos já no próximo segmento, ainda no contexto mais genérico dos pressupostos teóricos de nosso estudo.

2.2 - A dupla via do princípio da proporcionalidade: o legislador e o juiz entre proibição de excesso e insuficiência

Ainda que não se pretenda aqui uma digressão a respeito do significado e conteúdo do princípio (?)²⁶⁸ da proporcionalidade no âmbito da teoria constitucional, que, de resto, reclamaria uma investigação de proporções monográficas, não poderíamos, contudo (a despeito da farta e qualificada produção doutrinária já existente mesmo em língua portuguesa²⁶⁹), deixar de esboçar – especialmente quanto a este ponto – alguns contornos que reputamos essenciais ao enfrentamento do tema deste ensaio e que já nos podem fornecer a munição suficiente (portanto, e em certo sentido, proporcional) para as ponderações a serem tecidas no último segmento,

²⁶⁷ A respeito desta problemática, v., entre outros, as críticas e eruditas ponderações de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *“Constituição e Crime”, uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

²⁶⁸ O ponto de interrogação entre parênteses nos remete à discussão em torno da qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade, já que se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), isto sem falar nas considerações mais recentes questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo dos referências apresentados por Alexy) que, segundo esta doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade. Neste sentido, v. a contribuição crítica de Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003, especialmente p. 104 e ss (no que diz com a proporcionalidade).

²⁶⁹ Restringindo-nos à produção monográfica nacional específica (até mesmo em face do número de publicações registradas entre nós), que aqui vai citada em caráter não exaustivo, reportamo-nos às obras de Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

onde pretendemos concretizar a problemática esboçada na introdução analisando alguns casos extraídos da jurisprudência e da legislação.

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta – como já referido - inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

Com efeito, a partir de desenvolvimentos teóricos formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris²⁷⁰ e Josef Isensee,²⁷¹ o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção) encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência²⁷², de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido²⁷³. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por

²⁷⁰ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", in: *AcP (Archiv für die zivilistische Praxis)* n° 184, 1984, p. 228 e ss., posteriormente ratificado e desenvolvido na obra *Grundrechte und Privatrecht*, de 1999, já referida.

²⁷¹ Cfr. Josef Isensee, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, § 111, onde, além de analisar a função defensiva dos direitos fundamentais, versa com profundidade sobre a função dos direitos fundamentais como deveres de proteção.

²⁷² No âmbito do direito brasileiro, parece-nos que o pioneirismo na utilização desta terminologia deva ser atribuído a Luís Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável" in: *Revista dos Tribunais*, n° 798, abril de 2002, p. 23 e ss. (especialmente p. 27), anotando, com precisão, que a utilização desta categoria já justificaria, por si só, o abandono do tratamento como sinônimos dos conceitos de proporcionalidade e proibição de excesso.

²⁷³ Cfr. *BverfGE* 88, pp. 203 (254).

Gilmar Ferreira Mendes²⁷⁴) ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado - fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um “defeito de proteção”²⁷⁵.

Deixando de lado considerações de ordem terminológica (mesmo que estas não tenham cunho meramente cosmético), o que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso, quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso - da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional²⁷⁶), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e os órgãos jurisdicionais²⁷⁷, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido.

²⁷⁴ Cfr. Gilmar Ferreira Mendes, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 209.

²⁷⁵ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 267. A terminologia adotada pelo ilustre catedrático (a despeito da correta explanação de seu significado) de Coimbra não traduz com precisão a idéia de proteção insuficiente (já que o defeito poderia ser diverso, além do que é possível afirmar que defeito também ocorrer na incorreta aplicação do princípio da proibição de excesso) e a noção de que se cuida de categoria contraposta à proibição de excesso.

²⁷⁶ Cfr. Heinrich Scholler, “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha”, in: *Revista Interesse Público*, nº 2, abril/junho de 1999, p. 95 e ss. Como bem demonstra o autor, a vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade só veio a ser reconhecida com a vigência da Lei Fundamental de 1949, em boa parte a partir da experiência com as “leis injustas” do período nacional-socialista.

²⁷⁷ Cfr., entre outros, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266-67, assim como Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 97 e ss., que, além de citar uma série de exemplos elucidativos, bem destaca – entre outros aspectos dignos de nota - que ao legislador é concedida uma margem maior de arbítrio para tomar medidas restritivas de direitos, inclusive para fazer frente a situações de risco meramente potenciais e hipotéticas, ao passo que a administração costuma zelar apenas pela prevenção de ameaças e repressão de violações concretas a bens fundamentais.

Para efeito dos desenvolvimentos posteriores, quando discutiremos alguns exemplos extraídos da jurisprudência pátria, há que lembrar a circunstância – já amplamente difundida entre nós e portanto também aqui apenas sumariamente referida – de que na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado (s) meio (s), b) da necessidade ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes Canotilho) e c) a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade²⁷⁸ (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva), já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional²⁷⁹. Ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, contudo, há quem tenha (inclusive com base na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) atribuído significado mais teórico do que prático, sustentando que, de modo geral, é no plano do exame da necessidade (exigibilidade) da medida restritiva que se situa, de fato, a maior parte dos problemas e, neste sentido, o teste decisivo da constitucionalidade da restrição²⁸⁰, aspecto que aqui não pretendemos desenvolver e que reclama uma digressão calcada na análise

²⁷⁸ Importa registrar, neste ponto, a discussão doutrinária a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos (como, por exemplo, chega a sugerir Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade....*, p. 57, e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos (pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães. A respeito deste ponto, remetemos especialmente aos estudos de Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos....*, p. 173 e ss., e, mais recentemente, Luís Virgílio Afonso da Silva, *Do proporcional e do razoável*, p. 27 e ss.

²⁷⁹ A respeito destes três critérios e sua aplicação, v., dentre tantos, Heinrich Scholler, *O Princípio da proporcionalidade...*, p. 97 e ss. e José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 264-65; Entre nós, v., entre outros, também neste sentido (pelo menos em linhas gerais e no que diz com a adoção deste exame da proporcionalidade em três níveis, consoante o paradigma germânico) as já clássicas contribuições de Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 360 e ss., Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, Willis Santiago Guerra Filho, "Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade", in: Willis Santiago Guerra Filho (Coord), *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 e ss., (o autor possui outros estudos importantes sobre o tema) Gilmar Ferreira Mendes, *Os direitos individuais e suas limitações...*, p. 246 e ss., Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos e princípio da proporcionalidade*, p. 137 e ss., e, por último, Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 108 e ss.

²⁸⁰ Cfr. Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade....*, p. 101-2.

sistemática da jurisprudência constitucional. Por outro lado – e isto convém seja frisado – resta evidente o papel central da idéia de necessidade como elemento legitimador da intervenção estatal, o que, em se tratando justamente da esfera jurídico-penal, assume ainda maior relevância, como ainda teremos condições de avaliar.

Já no que diz com a proibição de insuficiência, verifica-se a ausência (pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição de excesso, o que encontra sua explicação tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial – da noção de proibição de insuficiência²⁸¹ (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da idéia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência²⁸². De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta encontra-se abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.²⁸³

Insistindo na autonomia dogmática da categoria da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), Canaris sustenta que – a despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados – não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção²⁸⁴.

Outro argumento colacionado por Canaris em prol de uma diferenciação não meramente cosmética entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, reside na circunstância de que diversa a intensidade de vinculação do poder público aos respectivos parâmetros, até mesmo por força da diversa vinculação à função defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, considerando que é esta última que diz com os deveres de proteção, de tal sorte que no âmbito da proibição de insuficiência é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas²⁸⁵. Neste sentido, segue decidindo também o Tribunal

²⁸¹ Cfr. Johannes Dietlein, "Das Untermassverbot", in: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1995, p. 132-33, apontando que, a despeito de se tratar de um conceito tão aberto e indeterminado quanto o da proibição de excesso (no que não se registram maiores diferenças entre ambas as noções), a proibição de excesso está longe de encontrar o mesmo grau de concretização e desenvolvimento que a alcançada pela proibição de excesso ou proporcionalidade no sentido tradicionalmente utilizado.

²⁸² Neste sentido, v. o próprio Johannes Dietlein, in: *ZG* 1995, p. 133 e ss., assim como Karl Eberhard Hain, "Das Untermassverbot in der Kontroverse", in: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1996, p. 75 e ss.

²⁸³ Cfr. a forte e original crítica de Eberhard Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass-und Untermassverbot?", in: *DVBL (Deutsches Verwaltungsblatt)* 1973, p. 982 e ss, aqui apresentada de modo resumido.

²⁸⁴ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 39 e ss.

²⁸⁵ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 43 e ss., argumentando que a proteção acaba, em regra, ocorrendo por intermédio da legislação ordinária,

Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra no que diz com a implementação do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta interesses públicos e privados concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes²⁸⁶.

Também Dietlein, um dos principais teóricos dos deveres de proteção na Alemanha, acaba por rechaçar o argumento da substancial equivalência (que sugere substituir por uma congruência parcial) entre proibição de excesso e insuficiência, ao demonstrar que, no âmbito da primeira, o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e baseada diretamente em um valor de natureza constitucional²⁸⁷.

Deixando aqui de lado outras dimensões relevantes da problemática, o que nos importa destacar é a existência de pelo menos um elo comum inquestionável entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, que é o critério da necessidade (isto é, da exigibilidade) da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao poder público. Em suma, haverá de se ter presente sempre a noção, entre nós enfaticamente advogada por Juarez Freitas, que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio.”²⁸⁸ Que o adequado manejo desta premissa lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal quase que dispensa comentários, mas nem por isso dispensa uma intensa e abrangente discussão. No próximo segmento tentaremos explorar um pouco mais esta dimensão à luz de alguns exemplos, tendo sempre em mente a idéia motriz de que proporcionalidade, Estado democrático de Direito e garantismo (não apenas na esfera penal) são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência e,

que por sua vez será passível de controle pelo Poder Judiciário quando presentes os pressupostos mínimos para tanto, especialmente a existência de um dever constitucional de ação e sua manifesta inobservância, além dos demais aspectos já referidos anteriormente quando discorreremos sobre os deveres de proteção em geral (v. supra, 2.1)..

²⁸⁶ Cfr. decisão do Tribunal Constitucional Federal do dia 28.02.2002, in: *DÖV (Die öffentliche Verwaltung)* 2002, p. 521.

²⁸⁷ Cfr. Johannes Dietlein, in: *ZG* 1995, p. 136-7. Para Dietlein, a autonomia das duas categorias pode ser demonstrada plasticamente com base na problemática do aborto, já que se o legislador formulasse um regramento exigindo das mulheres com intenção de abortar a aquisição e leitura de um informativo a respeito da vida intrauterina, tal exigência dificilmente poderia ser considerada uma violação da proibição de excesso, por intervenção na esfera de liberdade da mulher, já que justificada pela finalidade legítima da intervenção, pela adequação da medida e sua exigibilidade. Em contrapartida, resulta igualmente evidente que o dever de proteção do estado em relação à vida intrauterina de longe não resta implementado pela simples exigência da aquisição de um boletim informativo.

²⁸⁸ Cfr. Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56-57, colacionando exemplos na esfera de atuação do administrador.

portanto, reclamam uma correta aplicação à luz das circunstâncias do caso concreto.

3 - Deveres de proteção e proporcionalidade na esfera jurídico-penal: reflexões com base na análise de alguns casos concretos

A partir do arsenal dogmático esboçado, caso manuseado com bom senso e criatividade e pautado por uma prática hermenêutica tópico-sistemática, na esteira do que propõe Juarez Freitas, é possível alcançar solução justa (no sentido da melhor resposta possível) para boa parte dos conflitos jurídico-penais levados ao Poder Judiciário. Neste segmento, empreenderemos a tentativa de avaliar criticamente – à luz das premissas de que ao Estado incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais e de que na sua atuação deverá observar as exigências tanto da proibição de excesso quanto de insuficiência - algumas das opções tomadas pelos órgãos jurisdicionais ao aplicarem o princípio da proporcionalidade, sempre guiados pelo espírito já anunciado nas notas introdutórias, de lançar apenas algumas breves reflexões e agregar alguns argumentos para o diálogo.

No tocante à utilização do princípio da proporcionalidade importa que, desde logo, seja feito o registro de que a jurisprudência pátria tem feito, em regra, bom uso das perspectivas abertas. Dois exemplos servem para substanciar a assertiva.

No primeiro caso, cuida-se de decisão do nosso Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), proferida por sua Terceira Seção, em 24 de outubro de 2001, que deliberou pelo cancelamento da Súmula 174-STJ e consignou: “O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena. Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, par. 1º, inciso II, criminalizou a utilização da arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.” (Recurso Especial n. 213.054-SP, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, voto vencido). O Min. Gilson Dipp, ao distinguir o óbvio – quem porta uma arma de verdade sabe que poderá matar, quem porta uma arma de brinquedo sabe que não poderá fazê-lo –, observou que tratar igualmente situações objetiva e subjetivamente diversas poderia “malferir o princípio da proporcionalidade”.²⁸⁹

Outra interessante aplicação, que pessoalmente não hesitamos em aplaudir enfaticamente, mas que ainda está sendo objeto de acirrada disputada nos tribunais, considera que há violação aos princípios da isonomia e proporcionalidade na dosimetria da pena do furto qualificado, em cotejo com a pena prevista para o roubo qualificado. Neste sentido, importa conferir o acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos tempos, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade. Ao invés de um apenamento fixo, como estabelece o parágrafo 4º, tem-se que aplicar a pena da modalidade simples e aumentá-la de um terço a metade. Voto vencido. (Apelação crime n. 70003435021, Rel. Desembargador Sylvio Baptista Neto, 13 de dezembro de 2001).²⁹⁰

²⁸⁹ Isto não significa, na esteira de anterior voto do saudoso Min. Assis Toledo, que a arma de brinquedo não possa caracterizar a “grave ameaça” que transforma o furto em roubo (ainda que, tecnicamente, ocorresse um furto mediante fraude), mas afasta o grave equívoco de considerá-la para os efeitos do disposto no parágrafo 2º do art. 157, cuja expressão verbal é “emprego de arma”.

²⁹⁰ A 8ª. Câmara Criminal do TJRS, entretanto, entende a “Argüição de inconstitucionalidade sem concretude. A diferenciação na exasperação da pena, ocorrente entre o furto e o roubo em relação ao concurso de pessoas, deflui da própria sistemática penal, não se constatando, no caso, qualquer pecha de inconstitucionalidade no artigo de lei fustigado. É inviável a aplicação, por analogia,

Ainda no que diz com a desproporção no aumento da pena do furto qualificado, em confronto com a majorante do roubo, impõe-se o registro de que tal tese (como, de resto, outras propostas no contexto de uma leitura constitucionalmente adequada da normativa penal) foi lançada pelo ilustre Procurador de Justiça e doutrinador gaúcho Lênio Luiz Streck, que sustentou a tese com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e na interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sendo os dispositivos do Código Penal de 1940, tais normas não estariam recepcionadas (dispensado o incidente de inconstitucionalidade), de tal sorte que aplicável a interpretação conforme a Constituição. Assim, o texto legislativo permaneceria em sua literalidade, construindo o intérprete uma nova norma, já que evidente a desproporcionalidade em se considerando que a pena do furto é dobrada se praticado em concurso de pessoas, ao passo que no roubo aumenta apenas de um terço.

Exemplo que – a despeito da posição divergente e, por ora, ainda dominante, no Supremo Tribunal Federal (doravante STF) – segue polêmico é o da possibilidade de concessão de liberdade provisória e da progressão de regime em se tratando de acusação ou condenação pela prática de crime definido como hediondo, nos termos da Lei 8.072/1990. Em ambos os casos comungamos do entendimento de já boa parte da doutrina e até mesmo de segmentos da jurisprudência, por também vislumbrarmos aqui uma violação flagrante dos requisitos da proporcionalidade.

Na primeira hipótese, a da prisão provisória, bastaria o argumento do sacrifício (pelo simples fato de pesar contra determinada pessoa uma acusação de ter praticado crime tido como hediondo) da presunção de inocência e a impossibilidade de uma ponderação calcada no caso concreto²⁹¹. Já no caso da progressão de regime, cuida-se de exigência constitucional inarredável (até mesmo como corolário da própria proporcionalidade) e que não poderia ser completamente ignorada pelo legislador²⁹². Neste sentido, importa registrar que em homenagem a liberdade de conformação legislativa e até mesmo para tratar de modo distinto os crimes mais graves, não haveria problema algum em estabelecer uma progressão diferenciada para os crimes assim chamados de hediondos (o que poderia ocorrer, em caráter ilustrativo, até mesmo após o cumprimento de um terço ou até a metade da pena), mas jamais a ausência de progressão, com a liberação apenas por ocasião de um livramento condicional, este sim, corretamente viabilizado pela legislação referida, ainda que em momento diverso e com maior rigor. Salta aos olhos que a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado até o livramento, que, de resto, pode ser negado) é manifestamente

da majorante prevista para o roubo ao furto qualificado pelo concurso de agentes, pois se está diante de norma expressa, inexistente lacuna da lei." (Apelação crime n. 70004326609, Rel. Des. Roque Miguel Fank, 09.10.2002. No mesmo sentido: Embargos Infringentes, 3º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, nº 70002636892 (17.08.2001) e nº. 70001362482 (15.09.2000).

²⁹¹ A respeito do tema da prisão provisória e da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos casos dos assim chamados crimes hediondos, v. a pioneira contribuição de Odone Sanguiné, "Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória do Inciso II do Artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990", in: *Revista dos Tribunais*, nº 667, pp. 252-58, maio de 1991. Dentre a produção monográfica nacional, remetemos aqui ao excelente texto de Norberto Flach, *Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 2000. Mais recentemente, embora enfoque mais específico, v. Daniel Gerber, *Prisão em Flagrante: uma abordagem garantista*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²⁹² Cfr. já reconhecido, de modo irreparável, pelo TJRS, colacionando-se aqui o Acórdão prolatado no Agravo nº 698 287 661 (Cruz Alta), pela 5ª Câmara Criminal, tendo como Relator o Des. Amilton Bueno de Carvalho, na linha do que já tem decidido, em alguns casos, o nosso Superior Tribunal de Justiça.

incompatível com o sentido mínimo da noção de proporcionalidade, o que lamentavelmente não tem, ainda, sido reconhecido por boa parte dos nossos Tribunais²⁹³. Cuidando-se de temática conhecida e amplamente debatida na doutrina, deixaremos aqui de tecer outras considerações.

Outro exemplo que merece ser colacionado é o da polêmica decisão da 5ª Câmara Criminal do TJRS na Apelação crime n. 699.291.050, julgada em 11 de agosto de 2000: “Furto. Circunstância agravante. Reincidência. Inconstitucionalidade por representar *bis in idem*. Voto vencido. Negaram provimento ao apelo da acusação por maioria” (Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho). Mais uma vez, seguiu-se as críticas e argutas considerações de Lênio Streck, no sentido de que o duplo gravame da reincidência (como fundamento para o agravamento da pena do novo delito e fator obstaculizante de uma série de benefícios legais) é antigarantista e incompatível com o Estado Democrático de Direito, inclusive pelo seu componente estigmatizante, pois divide os indivíduos em “aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar-delinquindo”.²⁹⁴

A tese, todavia, não tem encontrado guarida no STJ, que, em 17 de junho de 2003, no Recurso Especial n. 401.274-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, anotou: “(...) 3. Reconhecida a violação ao art. 61, inciso I, do Código Penal, uma vez que, no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá ser sempre agravada. Precedentes. 4. No mesmo diapasão, o acórdão objurgado, ao aplicar ao furto mediante concurso, por analogia, a majorante do roubo em igual condição, violou o parágrafo 4º do art. 155 do Código Penal.(...)”.

A relatora, mesmo respeitando as teses que criticam o sistema legal vigente, acabou por endossar a liberdade democrática de conformação legislativa, de tal sorte que considera imprescindível que seja “efetivamente respeitado e aplicado (...) o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade (...) estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá sempre ser agravada.” Ainda segundo a ilustre condutora do Acórdão, negar vigência ao dispositivo legal que consagra a agravante da reincidência, representaria uma violação dos princípios constitucionais da isonomia e individualização da pena, pois estar-se-ia igualando réus com situações pessoais desiguais, no caso, um criminoso contumaz e que possui condenações transitadas em julgado, a um criminoso primário (que nunca delinqüiu), privilegiando o primeiro. O acórdão reitera – convém seja frisado este aspecto - que inócua um “bis in idem”, da mesma forma que não se trata de considerar o reincidente mais perverso, não sendo o caso de debater se o Estado estimula, ou não, a reincidência.

Quanto à majorante do roubo, a Relatora limitou-se a reproduzir as razões do Ministério Público, no sentido de que o legislador adotou tratamento diferenciado nos tipos do artigos 155 e 157, no que toca ao concurso de pessoas. Neste ponto, desconsiderando aqui a obviedade da ponderação, que, por sua vez, não disfarça uma postura de certa modo submissa e acrítica em relação à “manifesta vontade do legislador”, a Corte deixou de avançar no tocante às razões do tratamento diferenciado, deixando, portanto, de efetuar a sua análise com base no teste de

²⁹³ Sobre este ponto, e, de modo geral, abordando várias questões polêmicas no âmbito da execução penal e do seu controle de constitucionalidade, v., dentre tantos a importante coletânea organizada por Salo de Carvalho, *Crítica à Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

²⁹⁴ Na fundamentação da abolição da reincidência seguiu-se as lições de Zaffaroni e de Ferrajoli. Para maiores detalhes, inclusive instigante comentário de Salo de Carvalho, na *Revista Jurídica*, ano 47, n. 268, fevereiro de 2000, pp. 119-35. Uma análise (no caso, endossando as conclusões do TJRS) desta e de outras decisões encontra-se na obra de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da Pena e Garantismo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, especialmente p. 61 e ss. no concernente à reincidência.

proporcionalidade, com o escopo de verificar se subsiste fundamento suficiente para a configuração daquela determinada opção legislativa.

Retornando à questão da constitucionalidade da reincidência, verifica-se que esta, no nosso entender, reclama maior digressão, seja no que diz com a sua fundamentação, seja no concernente aos resultados, vale avançar algo mais na análise de alguns dos argumentos esgrimidos na decisão citada do TJRS. Assim, a despeito das fortes e abalizadas razões apresentadas em prol até mesmo da irracionalidade do instituto da reincidência e da sua incompatibilidade com as teses garantistas²⁹⁵, não há como reconhecer, por outro lado, que se o garantismo parte necessariamente do postulado da secularização (inclusive da pena e dos critérios de sua aplicação²⁹⁶) e se de fato existem dados estatísticos a demonstrarem que a aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena não resultou em índices de criminalidade mais favoráveis, a eleição pelo legislador de um critério objetivo (no caso, a existência de condenação anterior transitada em julgado) e o reconhecido caráter punitivo e preventivo da pena (que, também de acordo com uma leitura garantista e pelo menos num certo sentido, não poderia ter o intento de ressocializar a pessoa humana) acaba até mesmo assumindo uma condição em princípio talvez não tão incompatível com as próprias premissas do garantismo, desde que, é claro, devidamente reinterpretado.

De outra parte, a tese do "bis in idem", no sentido de que ao aplicar a agravante da reincidência se está a penalizar duplamente um delito anterior, poderia não ser pelo menos, a única forma de perceber o fenômeno, já que a agravante incide justamente pelo fato da prática de um novo delito e somente por esta razão. De qualquer modo, não parece necessariamente ilegítimo que um Estado democrático de Direito, por assumir a condição de garante dos bens fundamentais (e bastaria aqui mencionar a dignidade, a vida e a igualdade) de toda e qualquer pessoa humana, possa exigir do cidadão que não viole os direitos fundamentais de seus semelhantes e que, nesta perspectiva, mantenha uma atitude socialmente adequada, respeitando-se, por óbvio, os elementos nucleares de sua própria personalidade²⁹⁷. Assim, uma coisa é exigir - apenas para citar um exemplo já

²⁹⁵ Neste sentido, não poderíamos deixar de remeter às ponderações instigantes de Salo de Carvalho, "Aplicação da Pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: Considerações a partir do princípio da secularização", in: Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da Pena e Garantismo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, especialmente p. 61 e ss. Na mesma direção, sustentando enfaticamente a inconstitucionalidade da reincidência, situa-se a doutrina de André Copetti, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 193 e ss.. Mais recentemente, José Antonio Paganella Boschi, *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 242 e ss., elenca uma série de argumentos adicionais em prol da tese da ilegitimidade constitucional da agravante.

²⁹⁶ A respeito dos postulados do garantismo, do seu significado e das suas implicações, notadamente no concernente à pena e sua aplicação (e execução) v., entre nós, o referencial trabalho de Salo de Carvalho, *Pena e Garantias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

²⁹⁷ Nesta quadra, também o já referido argumento do cunho estigmatizante do instituto da reincidência, talvez possa ser repensado, pois não há como negar que uma simples condenação criminal (para muitos até mesmo o simples fato de ser processado) já possuem um caráter mais ou menos estigmatizante. É claro que o caráter estigmatizante, somado à discussão em torno da falência do sistema penal em termos de prevenção e ressocialização, acaba por reforçar a tese também da inconstitucionalidade da reincidência, mas também não afasta o argumento de que independentemente de qualquer caráter ressocializador, existem casos em que a contenção da pessoa no sentido de evitar graves violações de bens jurídicos relevantes, segue sendo um problema a ser resolvido.

discutido entre nós - o arrependimento do apenado como condição para a concessão do livramento condicional (o que é manifestamente inconstitucional por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁹⁸), ao passo que outra é impor a quem comete um segundo crime uma sanção penal mais elevada do que receberia se tivesse violado apenas uma vez um bem fundamental de outro ser humano, ainda mais em se considerando condutas ofensivas a bens de alto valor como a vida e a dignidade. Não se poderá olvidar que proporcionalidade e isonomia são grandezas indissociáveis e que também entre ambas importa manter um adequado equilíbrio.

Se formos, ainda nesta quadra, atentar para a dimensão da proibição de insuficiência, que exige a tomada de medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, talvez possamos também questionar que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade do instituto da reincidência, pelo menos sem uma correspondente alternativa (que até poderia ser a sua análise no âmbito da fixação da pena-base, ao avaliar-se a culpabilidade do agente, como já proposto também entre nós), poderia contribuir no mínimo para estimular uma reiteração na prática delitativa, ainda que esta linha argumentativa certamente esteja a reclamar maior desenvolvimento.

Para além do exposto, a despeito da habilidade do argumento, não nos parece seja necessário declarar a inconstitucionalidade da agravante da reincidência por ser inviável (em virtude da expressão *sempre* contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, que, de fato, a exemplo do argumento utilizado no caso da vedação da liberdade provisória na hipótese de crime hediondo, ofende frontalmente as exigências da proporcionalidade) uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sabe-se que sempre é possível a declaração da inconstitucionalidade até mesmo de uma expressão apenas, de tal sorte que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do termo *sempre*, o exame do caso concreto permitiria ao aplicador da pena que, mediante uma análise das circunstâncias do caso, aplicasse, ou não, a agravante, especialmente quando se tratar de delitos menos graves, considerando os bens atingidos. Ademais, ainda que aplicada a agravante (embora não *sempre*) abre-se igualmente a alternativa de não agregar *sempre* ao reconhecimento da incidência os seus efeitos adicionais, como a impossibilidade da substituição da pena, o agravamento do regime de cumprimento da pena, etc. Mediante esta aplicação diferenciada caso a caso (que, de resto, já foi proposta entre nós²⁹⁹), a aferição da proporcionalidade da aplicação da reincidência como agravante e das suas demais conseqüências acabaria por permitir soluções mais afinadas com as exigências da própria proporcionalidade e um equilíbrio entre a sua dupla perspectiva como proibição de excesso e de insuficiência.

Assim, o que se percebe é que a tese da declaração de inconstitucionalidade do próprio instituto da reincidência como tal é merecedora pelo menos de uma

²⁹⁸ Nesta linha situa-se o Acórdão da 8ª Câmara Criminal do TJRS, proferido no Agravo nº 699128922, Porto Alegre, Relatado pelo Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, considerando que a exigência de arrependimento não pode, por si só, obstar a progressão de regime, pois o Estado "não está legitimado a modificar a personalidade do agente e a prisão não é 'lavagem cerebral'". Sustentando a mesma tese, agora diretamente embasada na dignidade da pessoa humana, v. Natália Gimenes Pinzon, *Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana*, Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Dr. Salo de Carvalho, apresentada em junho de 2003, no Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do RS, ainda não publicada.

²⁹⁹ Neste linha, embora não nos mesmos termos, situa-se a proposta de Luiz Vicente Cernicchiaro, "Reincidência", in: *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)*, ano 1, nº 3, 1999, p. 3, sugerindo, em síntese, uma análise guiada pelo caso concreto, aplicando-se a agravante da reincidência apenas quando houver uma conexão direta e inequívoca com o fato e entre os delitos.

análise mais profunda e esbarra em fortes argumentos contrários, e que também podem ser ancorados numa visão garantista do direito penal, o que reclama, contudo, uma leitura à luz do caso concreto e da proporcionalidade, de tal sorte que buscamos aqui apenas problematizar um tanto mais a questão. O mesmo, contudo, não nos parece possa ser sustentado em outro caso, onde a decisão judicial – a despeito da sua fundamentação constitucional, dificilmente resiste em face de um adequado manejo da proporcionalidade nas suas duas perspectivas.

Estamos a falar de caso ocorrido no interior do Rio Grande do Sul, onde autor de atentado violento ao pudor praticado contra duas crianças foi também condenado por outro atentado violento ao pudor e homicídio tentado (a criança violada teve a sua garganta cortada para não denunciar o crime, mas logrou sobreviver), já tendo sido condenado e cumprido pena por outro atentado violento ao pudor igualmente praticado contra criança. Em todos os processos (três) havia sido instaurado incidente de insanidade e os laudos foram uníssonos em afirmar a alta periculosidade do agente, a certeza da reincidência específica (pelo quadro do distúrbio apresentado), além de recomendarem a não redução da pena. A sentença – que havia condenado o autor em ambos os processos (atentado duplo ao pudor e atentado ao pudor e homicídio tentado) aplicou o concurso material, reconheceu a agravante e deixou de reduzir a pena, com base nas circunstâncias apontadas no laudo, valendo-se da opção outorgado ao julgador pela lei, nos casos de semi-imputabilidade. Por ocasião do julgamento da apelação, a sentença foi confirmada quanto à autoria e materialidade em todos os fatos, mas – em “homenagem à Constituição” – houve reconhecimento da continuidade delitiva e redução da pena, interpretada como obrigatória³⁰⁰.

Que a despeito da legitimidade dos argumentos que questionam o sistema penal no que diz com o tratamento dos distúrbios de personalidade e, de modo especial, a questão dos manicômios judiciários (o que não ocorreu no caso concreto, já que se tratou de aplicação de pena e não de medida de segurança) a decisão do TJRS, neste caso, violou diretamente o princípio da proporcionalidade (já que também as sentenças judiciais e não apenas os atos do legislador devem obediência ao princípio) e que pelo menos a exigência constitucional da redução da pena carece de qualquer fundamento razoável, ainda mais em face das circunstâncias concretas, nos parece ser de difícil contestação e definitivamente não representa a melhor leitura de um garantismo afinado com o Estado democrático de Direito.

IV – À guisa de encerramento: o possível equilíbrio entre proibição de excesso e de insuficiência e a necessária sobrevivência do garantismo

À luz das premissas lançadas e dos poucos exemplos discutidos, bem como considerando o quadro no qual se insere a problemática, não há como deixar de tecer algumas considerações em torno das virtualidades do princípio da proporcionalidade, na via de duas mãos (excesso e insuficiência), também na esfera da hoje onipresente política criminal.

Com efeito, se tomarmos o tão citado exemplo do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos, verifica-se que este, atualmente, padece, no que tange às taxas de encarceramento, de disfunção de proporcionalidade, ao menos em comparação com taxas internacionais. Depois de quase um século de taxas em torno 100 presos por cem mil habitantes, por volta da década de 1980 “a população prisional disparou em direção ao céu”, praticamente quadruplicando desde então. A taxa 100 X 100.000 é considerada uma taxa média razoável (na Alemanha é de 85 X 100.000; na França é de 95 X 100.000; na Inglaterra, 100 X 100.000; na Espanha, 105 X 100.000; no Canadá, 115 X 100.000). Nos Estados Unidos, a taxa chegou aos espantosos 600 X 100.000, só

³⁰⁰ Cuida-se de Apelação Criminal julgada pelo TJRS (o processo tramitou na Comarca de Cachoeira do Sul) e que, por não ter sido publicada, vai aqui referida sem a identificação de qualquer um dos envolvidos já que a utilização no presente texto teve o intuito apenas de apresentar um exemplo suficientemente ilustrativo para a discussão aqui empreendida.

comparáveis aos 690 X 100.000 da Rússia assolada pela máfia. Os dados são de 1995, fornecidos por Eric Lotke, aliás, em palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim³⁰¹. Tais estatísticas, quando vinculadas à política de uma intervenção baseada na idéia de “tolerância zero”, indicam que esta solução é, por definição, desproporcional, ao menos se quiser significar repressão mais dura para delitos menos graves e enquanto embasada na idéia de que a relação de causalidade entre desordem e criminalidade é mais forte do que outras causas (pobreza, minoria racial discriminada etc.), a exemplo das considerações de George Kelling e Catherine Coles, que, na sua obra síntese, *Fixing Broken Windows*, empreenderam a tentativa de demonstrar o nexos causal entre criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções³⁰².

Para além da discussão sobre a real eficácia (e os custos) da tolerância zero nas cidades em que foi implantada – complexa e ainda em aberto especialmente nos EUA – preocupa a filosofia intolerante (desproporcional) e uma leitura, feita por políticos e alguns operadores jurídicos, de que o oposto da tolerância zero é o direito penal mínimo, que seria um “ovo de serpente” a engendrar criminalidade violenta – acusado, a nosso sentir por equívoco, de preconizar que apenas condutas que “configurem um ato de violência física ou uma ameaça grave devem ser criminalizadas”, quando seria preciso sinalizar ao “desordeiro” que sua conduta “é grave e não será tolerada pelo Estado”. A identificação, simplificadora, é indevida, mas adverte para uma ambiência cultural que não é, especialmente na população em geral, favorável à maximização dos espaços de liberdade da cidadania e nos remete às considerações tecidas na primeira parte deste estudo, no tocante à crise dos direitos fundamentais num contexto crescentemente marcado pela polarização e desconfiança.

Bastariam estas breves notas para que se perceba que, de qualquer modo, necessário focar a questão da segurança e da polícia no âmbito do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, Winfried Hassemer bem demonstra o caráter regressivo dos atuais movimentos de lei e ordem, mas especialmente analisa a experiência dos riscos e da erosão normativa que determinam nossa vida cotidiana, provocando uma sensação de paralisia, de tal sorte que o Estado, antes um Leviatã, passa a ser “companheiro de armas dos cidadãos, disposto a defendê-los dos perigos e dos grandes problemas da época”³⁰³. Enquadrando a problemática na teoria dos direitos fundamentais, estes, consoante já frisado, expressam também uma ordem objetiva de valores e são objeto de deveres de proteção (e, portanto, de prestações “protetivas”) por parte do Estado. À medida, todavia, em que crescem tais expectativas, um direito à segurança, ainda de acordo com a lição de Hassemer, traduz-se na atitude do cidadão comum, que trocaria “liberdade por segurança”, tarefa de que se encarregaria a polícia. Entretanto, a tolerância zero promete ainda mais, “ordem” e segurança. Simbolicamente, o delito, antes que lesão de bens, passa a ser visto como lesão ao direito, revelador de uma atitude inamistosa (*Life style crimes*), ainda que nas suas manifestações mais leves – justamente onde a idéia tradicional de proporcionalidade conduz a um castigo leve ou alternativo, de menor custo social³⁰⁴. Na seqüência, Hassemer adverte contra a tendência de uma ampliação massiva do arbítrio para decidir tanto o “se” como o “como” da intervenção, oferecendo um modelo de reação desligado das leis ou de qualquer outro tipo de normas, para alcançar maior flexibilidade e eficácia. Tal concepção

³⁰¹ Cfr. Eric Lotke, “A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, pp. 39-41.

³⁰² A respeito desta perspectiva, v. o já referido ensaio de Daniel Sperb Rubin, “Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade”, in: *Revista do Ministério Público –RS*, nº 49, Porto Alegre: jan/mar/2003, pp. 175-200, destacando mais uma vez que não endossamos boa parte das posições sustentadas.

³⁰³ Cfr. Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad...*, pp. 254 –7 e p. 270.

³⁰⁴ Cfr. Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad...*, p. 279.

deve ser rechaçada, inclusive porque um dos fortes limites do Estado de Direito é a proporcionalidade entre o delito e a reação ao mesmo³⁰⁵.

Na práxis social, todavia, ressoa de modo cada vez mais intenso o coro dos intolerantes a indicar o quanto importa um questionamento sereno – entre outras indagações que aqui poderiam ser levantadas - a respeito de quais alternativas eficazes o direito penal pode ofertar, bem como de se um minimalismo extremado (e progressivamente autista) seria a única alternativa, ainda mais desconsiderando a necessidade social.

Nesta perspectiva, duas vozes, ponderadas, podem nos socorrer. Da banda espanhola, recolhemos as lições de Silva Sánchez, que rejeita a disjuntiva entre uma política criminal “ilustrada”/científica (comprometida com os direitos humanos e as garantias do Estado de Direito) e uma política criminal real, liberada daqueles incômodos, acientífica, para iniciar uma cruzada contra o mal, sustentando que tal dicotomia não é a única abordagem cientificamente possível³⁰⁶. Nesta quadra, Silva Sánchez afasta-se tanto de uma opção funcionalista (que apenas homologa a lógica posta da evolução social hegemônica) quanto de uma opção crítica, que inadmitte abordagem científica para a prática político-criminal e legislativa, demonstrando, ao revés, que idealismo e funcionalismo, que estariam na base dos extremos, são concepções filosóficas globais e, como tais, inflexíveis, já que o idealismo nega a relevância de alguns dos problemas reais (ou vividos como reais) que surgem nas sociedades complexas, ao passo que o funcionalismo refuta a possibilidade de soluções alternativas, de tal sorte que se trata de assumir as tendências da práxis legislativa e judicial, no quadro social em que se produzem, como um desafio político e também como um desafio científico.³⁰⁷

Por sua vez, verifica-se que Figueiredo Dias, também parte do *topos* do risco e de suas implicações para o direito penal, reafirmando que a preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinquente e dos outros – é onde “radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”³⁰⁸. Neste contexto, ao indagar, de forma direta e aguda, se o “risco” incorporado ao direito penal significaria o fim da proteção de bens jurídicos, reconhece que a resposta haveria de ser afirmativa se o bem jurídico tivesse que conservar o caráter extremadamente antropocêntrico, que restringiria a tutela a interesses reais, tangíveis e atuais do indivíduo, ou se os bens jurídicos da comunidade só fossem aceitáveis como *mediadores* também dos interesses das pessoas. Mas responde definitivamente que *não*, convencido de que, ao lado dos bens jurídicos individuais, “e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, transpessoais, colectivos, ou como quer que preferamos exprimir-nos a propósito”³⁰⁹.

A partir destas considerações, convém tomarmos a sério a advertência de Figueiredo Dias, no sentido de que, sobretudo nos últimos tempos, a dogmática progride apenas no tocante aos bens individuais, sendo, em verdade, legítima e eventualmente necessária a criminalização de bens coletivos, “com refração legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos

³⁰⁵ Cfr. Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad...*, p. 282.

³⁰⁶ Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia Del derecho penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 36, pp. 44-5.

³⁰⁷ Cfr. Jesús-María Silva Sanches, *Retos científicos y retos políticos...*, pp. 48-9. De acordo com o autor, cuida-se de uma desafio “Político, porque nem tudo que acontece na referida práxis merece uma idêntica desqualificação global e é preciso assentar as bases de uma aproximação diferenciadora da mesma. Científico, porque a teorização das referidas tendências e a sua recondução, na medida em que procedam, ao sistema comum da teoria do delito, haveria de ser a mostra da efetiva flexibilidade – e viabilidade – do propugnado sistema aberto” (p. 49).

³⁰⁸ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, “O Direito Penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade de Risco’”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 33, pp. 43-51.

³⁰⁹ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *O Direito Penal...*, pp. 56-7.

direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos"³¹⁰. Aqui, apenas como pistas, inserem-se uma série de problemas dogmáticos em aberto, que reclamam ainda maior investimento em termos de investigação: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o enfrentamento do crime organizado, a legitimidade e constitucionalidade de dos crimes de perigo abstrato, questões de autoria mediata, distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Sem descurar que o direito penal "deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos fatores mais importantes de superação da razão instrumental"³¹¹.

Na mesma direção apontam os ensinamentos de Claus Roxin, que, rejeitando expressamente o minimalismo da Escola de Frankfurt, consigna que o "Direito Penal não pode retroceder, por princípio, diante da tarefa de lutar contra os riscos que são mais perigosos para a sociedade e para o indivíduo do que a criminalidade 'clássica', exemplificando com um delito de perigo abstrato como a direção de veículo sob efeito de bebida alcoólica, que entende necessário e justificado, "pois frente aos condutores ébrios só se pode reagir com êxito no momento em que ainda não aconteceu nada". Assim, ainda segundo Roxin, eventuais anomalias ou exageros não devem tratar com a renúncia à intervenção penal nestes âmbitos, mas sim, "pelo contrário, mediante o 'cultivo' de sua dogmática"³¹².

Tudo somado, salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista³¹³) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que relembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais³¹⁴, dentre os quais assume destaque

³¹⁰ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *O Direito Penal...*, p. 59. Entre nós, recentemente, cumpre colacionar a lição de Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição...*, especialmente p. 39 e ss., argumentando que "o manejo do Direito Penal fica, portanto, subordinado – como não poderia deixar de ser – à materialidade da Constituição. *Criminalizações e descriminalizações devem estar umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição...*" (p. 39), destacando, mais adiante, que "as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser igualmente direcionadas para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e *daqueles que atentam contra os direitos fundamentais, bem assim os delitos que afrontam bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado e a dignidade da pessoa, isso sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual*" (p. 42).

³¹¹ Cfr., também, Jorge de Figueiredo Dias, *O Direito Penal...*, p. 65.

³¹² Cfr. Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 89-94.

³¹³ Cfr. bem lembra Salo de Carvalho, "Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo", in: Salo de Carvalho, (Org), *Crítica à Execução Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 17 e ss., criticando enfaticamente o modelo abolicionista. Também colacionando algumas críticas em relação ao abolicionismo, v. ainda e entre tantos, Paulo de Souza Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, especialmente p. 49 e ss.

³¹⁴ Adotando a idéia de um Estado essencial, nem mínimo nem máximo, mas necessário à realização dos seus fins ancorados na Constituição, v. Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31 e ss.

a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana³¹⁵ de todos os integrantes da comunidade.

Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional - de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.* Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em xx de xxxxx de 200x.

(substituir x por dados da data de acesso ao site)

Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 12.07.2005

³¹⁵ A respeito da dignidade da pessoa humana, remetemos ao nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

A Lei Maria da Penha já está em vigor

SECRETARIA DE QUESTÕES DE GÊNERO E ETNIA.

Site: <http://www.contee.org.br/secretarias/etnia/materia_23.htm>

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher foi sancionada pelo presidente Lula, dia 7 de agosto, 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.

O projeto foi elaborado por um grupo interministerial a partir de um anteprojeto de organizações não-governamentais. O governo federal o enviou ao Congresso Nacional no dia 25 de novembro de 2004. Lá, ele se transformou no Projeto de Lei de Conversão 37/2006, aprovado e agora sancionado.

A ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéia Freire, acredita que o número de denúncias possa aumentar. “Certamente, quando oferece a sociedade uma estrutura de serviços onde as mulheres se sintam encorajadas a denunciar porque tem uma rede de proteção para atendê-las, você aumenta a possibilidade de número de denúncias”, disse.

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.



Maria da Penha Maia

A biofarmacêutica Maria da Penha Maia lutou durante 20 anos para ver seu agressor condenado. Ela virou símbolo contra a violência doméstica.

Em 1983, o marido de Maria da Penha Maia, o professor universitário Marco Antonio Herredia, tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez, deu um tiro e ela ficou paraplégica. Na segunda, tentou eletrocutá-la. Na ocasião, ela tinha 38 anos e três filhas, entre 6 e 2 anos de idade.

A investigação começou em junho do mesmo ano, mas a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro de 1984. Oito anos depois, Herredia foi condenado a oito anos de prisão, mas usou de recursos jurídicos para protelar o cumprimento da pena. O caso chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que acatou, pela primeira vez, a denúncia de um crime de violência doméstica. Herredia foi preso em 28 de outubro de 2002 e cumpriu dois anos de prisão. Hoje, está em liberdade.

Após às tentativas de homicídio, Maria da Penha Maia começou a atuar em movimentos sociais contra violência e impunidade e hoje é coordenadora de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV) no seu

estado, o Ceará.

Ela comemorou a aprovação da lei. "Eu acho que a sociedade estava aguardando essa lei. A mulher não tem mais vergonha [de denunciar]. Ela não tinha condição de denunciar e se atendida na preservação da sua vida", lembrou. Maria da Penha recomenda que a mulher denuncie a partir da primeira agressão. "Não adianta conviver. Porque a cada dia essa agressão vai aumentar e terminar em assassinato."

Quatro agressões por minuto

A deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ) disse que o caso de Maria da Penha Maia não é isolado e que muitas mulheres sofrem agressão dentro de casa. Segundo ela, o espancamento atinge quatro mulheres por minuto no Brasil. E acrescentou que muitas não denunciam por medo ou vergonha de se expor.

Uma pesquisa realizada em 2001 pela Fundação Perseu Abramo estima a ocorrência de mais de dois milhões de casos de violência doméstica e familiar por ano. O estudo apontou ainda que cerca de uma em cada cinco brasileiras declara espontaneamente ter sofrido algum tipo de violência por parte de algum homem.

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%.

Juizados especiais

A Lei Maria da Penha estipula a criação, pelos tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal, de um juizado especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para dar mais agilidade aos processos.

Além disso, as investigações serão mais detalhadas, com depoimentos também de testemunhas. Atualmente, o crime de violência doméstica é considerado de "menor potencial ofensivo" e julgado nos juizados especiais criminais junto com causas como briga de vizinho e acidente de trânsito.

A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie, afirmou que vai recomendar a criação. "O Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, tem a intenção de fazer recomendar a todos os judiciários estaduais, que são autônomos e independentes, a criação dos juizados especiais que cuidam da violência doméstica".

Prisão em flagrante

O Brasil triplicou a pena para agressões domésticas contra mulheres e aumentou os mecanismos de proteção das vítimas. A Lei Maria da Penha aumentou de um para três anos o tempo máximo de prisão – o mínimo foi reduzido de seis meses para três meses.

A nova lei altera o Código Penal e permite que agressores sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada. Também acaba com as penas pecuniárias, aquelas em que o réu é condenado a pagar cestas básicas ou multas. Altera ainda a Lei de Execuções Penais para permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

A lei também traz uma série de medidas para proteger a mulher agredida, que está em situação de agressão ou cuja vida corre riscos. Entre elas, a saída do agressor de casa, a proteção dos filhos e o direito de a mulher reaver seus bens e cancelar procurações feitas em nome do agressor. A violência psicológica passa a ser caracterizada também como violência doméstica.

A mulher poderá também ficar seis meses afastada do trabalho sem perder o emprego se for constatada a necessidade de manutenção de sua integridade física ou psicológica. O Brasil passa a ser o 18.º da América latina a contar com uma lei específica para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, que fica assim definida: qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O texto define as formas de violência vividas por

mulheres no cotidiano: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Violência

Site: <<http://www.serasa.com.br/guiacontraviolencia/violencia.htm>>

"Não existe uma definição consensual ou incontroversa de violência. O termo é potente demais para que isso seja possível."

Anthony Asblaster

Dicionário do Pensamento Social do Século XX

O que é violência? Segundo o Dicionário Houaiss, violência é a "ação ou efeito de violentar, de empregar força física (contra alguém ou algo) ou intimidação moral contra (alguém); ato violento, crueldade, força". No aspecto jurídico, o mesmo dicionário define o termo como o "constrangimento físico ou moral exercido sobre alguém, para obrigá-lo a submeter-se à vontade de outrem; coação".

Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) define violência como "a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis". Mas os especialistas afirmam que o conceito é muito mais amplo e ambíguo do que essa mera constatação de que a violência é a imposição de dor, a agressão cometida por uma pessoa contra outra; mesmo porque a dor é um conceito muito difícil de ser definido.

Para todos os efeitos, guerra, fome, tortura, assassinato, preconceito, a violência se manifesta de várias maneiras. Na comunidade internacional de direitos humanos, a violência é compreendida como todas as violações dos direitos civis (vida, propriedade, liberdade de ir e vir, de consciência e de culto); políticos (direito a votar e a ser votado, ter participação política); sociais (habitação, saúde, educação, segurança); econômicos (emprego e salário) e culturais (direito de manter e manifestar sua própria cultura). As formas de violência, tipificadas como violação da lei penal, como assassinato, seqüestros, roubos e outros tipos de crime contra a pessoa ou contra o patrimônio, formam um conjunto que se convencionou chamar de violência urbana, porque se manifesta principalmente no espaço das grandes cidades. Não é possível deixar de lado, no entanto, as diferentes formas de violência existentes no campo.

A violência urbana, no entanto, não compreende apenas os crimes, mas todo o efeito que provocam sobre as pessoas e as regras de convívio na cidade. A violência urbana interfere no tecido social, prejudica a qualidade das relações sociais, corrói a qualidade de vida das pessoas. Assim, os crimes estão relacionados com as contravenções e com as incivildades. Gangues urbanas, pixações, depredação do espaço público, o trânsito caótico, as praças malcuidadas, sujeira em período eleitoral compõem o quadro da perda da qualidade de vida. Certamente, o tráfico de drogas, talvez a ramificação mais visível do crime organizado, acentua esse quadro, sobretudo nas grandes e problemáticas periferias.

Hoje, no Brasil, a violência, que antes estava presente nas grandes cidades, espalha-se para cidades menores, à medida que o crime organizado procura novos espaços. Além das dificuldades das instituições de segurança pública em conter o processo de interiorização da violência, a degradação urbana contribui decisivamente para ele, já que a pobreza, a desigualdade social, o baixo acesso popular à justiça não são mais problemas exclusivos das grandes metrópoles. Na última década, a violência tem estado presente em nosso dia-a-dia, no noticiário e em conversas com amigos. Todos conhecem alguém que sofreu algum tipo de violência. Há diferenças na visão das causas e de como superá-las, mas a maioria dos especialistas no assunto afirma que a violência urbana é algo evitável, desde que políticas de segurança pública e social sejam colocadas em ação. É preciso atuar de maneira eficaz tanto em suas causas primárias quanto em seus efeitos. É preciso aliar políticas sociais que reduzam a vulnerabilidade dos moradores das

periferias, sobretudo dos jovens, à repressão ao crime organizado. Uma tarefa que não é só do Poder Público, mas de toda a sociedade civil.

Autor: Flávio Augusto Maretti Siqueira e Márcio Zuba de Oliva

Texto extraído do Boletim Jurídico - ISSN 1807-9008
<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1751>

SUMÁRIO: 1.) INTRODUÇÃO; 2.) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE; 2.1.) GARANTIA FORMAL DA LEGALIDADE; 2.2.) GARANTIA MATERIAL OU SUBSTANCIAL; 2.2.1.) PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE; 2.2.2.) PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL (*LEX PRAEVIA*); 2.2.3.) PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE (*LEX CERTA*); 3.) HIPÓTESES DE EXCLUSÃO E ADMISSIBILIDADE DOS COSTUMES NO DIREITO PENAL (*LEX SCRIPTA*) 4.) ADMISSIBILIDADE E EXCLUSÃO DA ANALOGIA EM MATÉRIA PENAL (*LEX STRICTA*) 5.) CONJUGAÇÃO DE LEIS PENAS (*LEX TERTIA*) 6.) LEIS PENAS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS; 7.) NORMA PENAL EM BRANCO; 8.) FREQUENTES ESPÉCIES DE LESÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE; 9.) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL; 10.) CONCLUSÃO; 11.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1.) INTRODUÇÃO:

O Princípio da Legalidade Penal é um dos instrumentos legais de controle da atuação do Estado quando do estabelecimento de normas incriminadoras, bem como na fixação e execução das penas, tanto é assim que Luiz Luisi aponta que: “o postulado da reserva legal é um patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente nos textos legais internacionais mais importantes do nosso tempo”^[1].

O lineamento histórico da norma mandamental adveio da *Magna Charta Libertatum* (século XIII), no *Bill of Rights* das colônias inglesas e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). O Brasil, por seu turno, adotou esse princípio na Constituição do Império de 1824 (art. 179, § 2º), bem como nas Constituições de 1891 (art. 72, § 15), 1934 (art. 113, § 26), 1937 (art. 122), 1946 (art. 141, § 27), Carta Constitucional 1967 (art. 153, § 16) e no art. 5º, XXXIX, da atual Constituição Federal de 1988.

Em termos de legislação infraconstitucional pátria, o princípio da legalidade veio positivado no Código Criminal do Império de 1831 (art. 1º e 33), Código Penal de 1890 (art. 1º) e 1940 (art. 1º).

2.) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

Feuerbach, no começo do século XIX, foi o criador das idéias da escola penal alemã, onde elaborou o postulado “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege*”, ou seja, não há crime ou pena sem que haja prévia cominação legal, o qual é a base fundamental de todo sistema penal.

José Frederico Marques expõe duas dimensões ao princípio da legalidade, político e jurídico, os quais são:

garantia constitucional dos direitos do homem, e no segundo, fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinação da *sanctio juris* aplicável^[2].

Luiz Regis Prado conceitua o princípio:

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei *formal* anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*)^[3].

Francisco de Assis Toledo também leciona que:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por *lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais[4].

Por seu turno, Aníbal Bruno explica:

O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definitivo e sancionado, seja julgado e punido como crime[5].

Assim, o princípio da reserva legal é o fundamento central do direito penal brasileiro, pois por intermédio dele, o Estado está, por um lado, legitimado a estabelecer restrições a direitos fundamentais do cidadão, bem como limitado a não atuar com abusos no exercício de tal prerrogativa, fazendo-o pela lei em sentido estrito e tal comando normativo deverá ser prévio a realização do fato e nele encerrar toda descrição da conduta proibida e a correlata sanção.

2.1.) GARANTIA FORMAL DA LEGALIDADE:

A Garantia Formal da Legalidade se presta a ser um limitador formal no exercício abstrato do Direito Penal, uma vez que a criação de leis penais é matéria atribuída, por delegação constitucional, a União (artigo 22, I, CF).

Assim, por exclusão temos que é vedado aos demais entes federados a elaboração de tipos penais incriminadores.

Nilo Batista[6], por seu turno, subdivide o princípio da reserva legal em duas vertentes com o fim de destrinchar o tema de dispositivos constitucionais relativos à reserva legal.

De um lado, surge a reserva legal absoluta, pela qual, a lei penal sempre deverá advir do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos seriam garantidores da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo a lei a construção da figura típica, criando crimes e impondo penas.

Noutro giro, tem-se negado a autonomia do poder legislativo na delimitação de matérias de cunho penal, donde se admitem outras fontes normativas capazes de traçarem diretivas, por exemplo, normas penais em branco, as quais trataremos adiante à luz do princípio da legalidade.

Além disso, não é todo corpo normativo que pode se prestar de molde a encerrar um comportamento penalmente reprovável, mas tão somente a lei elaborada com o perfeito respeito ao devido processo legislativo, atendendo de forma correta todo o trâmite constitucional para a confecção de um texto legal.

A razão fundamental do Direito Penal ser reservado a matéria de lei reside justamente no ponto que a lei emana do Poder Legislativo, o qual é integrado pelos representantes do povo e refletem a ideologia e valores essenciais em dado instante histórico.

Dessa sorte, apuramos a exclusão de outras formas legais, conquanto emanam da vontade do Poder Executivo, a qual pode não coincidir com a da sociedade, a saber, leis delegadas, medidas provisórias, decreto de execução, regulamentos, afora os atos administrativos infralegais. Assim, o pensamento de José Henrique Guaracy Rebello é correto ao expor: “a Constituição veda delegação, em matéria de legislação, sobre direitos individuais, dentre os quais aflora o Princípio da Liberdade”[7]

Luiz Regis Prado expõe:

O fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo.

O motivo que justifica a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática[8].

A despeito da Medida Provisória temos que, inicialmente convivemos com um desvirtuamento completo dos critérios constitucionais de urgência e relevância, o que justifica o pensamento de Francisco de Assis Toledo:

... a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX). Se o faz choca-se com o princípio da reserva legal, apresentando um vício de origem que não se convalesce pela sua eventual aprovação posterior, já que pode provocar situações e males irreparáveis[9].

Não se trabalha na criação de crime por Medida Provisória (artigo 62, § 1º, I, “b”, CF), e antes mesmo da Constituição já se vedava no STF a criação por base no art. 68, CF, além da restrição fundada no direito individual à liberdade, onde já se vedava Emenda Constitucional tendente a abolir.

Controvertida é a questão a respeito da Medida Provisória conter norma penal permissiva que exclui a ilicitude/culpabilidade, onde como elas são criadas para garantir a liberdade serão válidas.

Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior[10] vislumbram como possível pela conjugação de normas constitucionais a adoção de Medida Provisória tratar de matéria penal, porém, condicionada a aprovação pelo Congresso Nacional, portanto, veiculam tão somente matérias favoráveis aos autores de fato típico, e, nunca matérias relativas imediatamente a formulação do injusto, por exemplo, a prorrogação do prazo na entrega de armas no Estatuto do Desarmamento e o parcelamento de dadas figuras tributárias e os reflexos penais.

2.2.) GARANTIA MATERIAL OU SUBSTANCIAL:

A face material do princípio da legalidade se traduz em uma série de garantias, cunhadas na história, as quais se confundem com o asseguramento dos direitos humanos de primeira geração, cuja violação de outrora é ilustrada por Cesare Bonesana, no clássico *Dos Delitos e Das Penas*.

A Garantia Material vem consagrada na expressão *lex scripta lex praevia et lex certa*, ou como traduz Miguel Reale Júnior: “A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, à qual se submete o juiz, o Estado e todos os cidadãos”[11].

2.2.1.) PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE:

O comportamento humano deve produzir ressonância dentro do corpo social para que, por intermédio da reiteração de condutas, o fato social possa ser entabulado dentro do ordenamento jurídico.

Ante a lesividade da conduta, o Direito Penal pode ser requisitado para solucionar o conflito de interesses. Assim, o fato passa a ter relevância penal e daquele momento em diante o Estado fica autorizado a exercer o direito de punir.

O marco inicial da tipicidade da conduta é a data de sua publicação e, a Lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato o qual se pretende reprimir penalmente não possuindo eficácia retroativa para alcançar fatos prévios a sua entrada em vigência.

Bitencourt aponta: “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente”[12].

A garantia do princípio vem ancorada na possibilidade que se dá ao cidadão de prévio conhecimento do conteúdo do injusto e, assim, dar uma maior estabilidade a vida em sociedade.

Os fundamentos legais para um agravamento de fatos ou as novas leis penais que majorem a punibilidade foram criadas para ofertar tratamento futuro, nos termos exatos dos arts 5º, XXXIX, CF c.c 1º, CP.

Hipóteses fáticas do passado, prévias a novel legislação são irrelevantes penais, não merecedores de tipicidade e, portanto, são atípicos.

2.2.2) PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL (LEX PRAEVIA):

O Princípio da Irretroatividade da Lei Penal é postulado constitucional e serve como instrumento de controle temporal das leis (art. 5º, XL, CF).

A regra principiológica determina que as leis penais devem atingir apenas fatos posteriores a sua vigência, ou seja, os fatos supervenientes a sua entrada em vigor com atuação do *tempus regit actum*.

A norma incriminadora é feita para atender aos fatos futuros, sendo-lhe vedado a retroação para alcançar fatos preliminares a sua vigência, caso apresentem um quadro mais acintoso ao acusado, sob pena de quebrantamento da segurança jurídica e manutenção de um eterno cenário de instabilidade social e incerteza.

Francisco de Assis Toledo bem esclarece:

a norma de direito material mais severa só se aplica, *enquanto vigente*, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal^[13].

A norma penal que traça um ideário de maior aspereza, com, em um plano, projetando o aumento de circunstâncias agravantes, causas de aumento de pena ou inclusão de qualificadoras e, de outro, a diminuição de requisitos para privilégios, ou supressão de atenuantes ou causas de diminuição apenas não pode alcançar fatos prévios, apenas os posteriores.

Nesse sentido, apontamos que a Súmula 711, STF não assinala violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa justamente pelo crime ainda estar se consumando, portanto, a novel legislação atinge fato crime em andamento e não é subsistente eventual alegação nesse sentido.

Cezar Roberto Bitencourt explica: “Nos crimes permanentes ou continuados aplicar-se-á a lei posterior em vigor, desde que ainda perdure a permanência ou a continuidade, mas resultam impuníveis a continuidade dos atos precedentes à entrada em vigor da lei”^[14].

Acaso haja uma lei penal que oferte uma situação de mais gravidade, a lei antiga tem ultratividade e rege o fato em detrimento da nova.

A função histórica do princípio da legalidade^[15] nasceu para combater as chamadas *lex ex post facto*, onde as leis penais que ofertem tratamento diverso e mais gravoso não podem retroagir em detrimento do acusado.

Nesse diapasão, o cenário traz uma importante subdivisão, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, onde para Magalhães Noronha tem-se o princípio incondicional da retroatividade *in mellius*^[16].

Malgrado tal posicionamento doutrinário ousamos discordar, vez que a norma da retroação da lei penal encontra embargo sólido nas chamadas leis penais temporais e excepcionais do art. 3º, CP, pelo qual,

possuem ultratividade independentemente de serem mais ou menos gravosas em função de sua vigência delimitada ou delimitável previamente.

A apuração da norma incidente, quando da análise da retroatividade é casuísta, onde em havendo a nova lei penal com contornos que importem em uma melhora na situação jurídica do criminoso, via de regra, tal merece ser considerada e aplicada em detrimento da lei anterior, relativizando a regra do tempo reger o ato.

Juarez Cirino dos Santos pontua:

trata-se de determinar a lei penal *aplicável* no caso concreto. Esse critério específico é o da *lei penal mais favorável*. Assim, na sucessão de leis penais no tempo, os conflitos entre a *lei nova* e a *lei anterior* são resolvidos pelo critérios da lei penal mais favorável ao autor (de qualquer modo, e sem restrições): se a lei anterior, então essa é a lei aplicável; se a lei posterior, então esta é a lei aplicável^[17].

A retroatividade da lei penal mais benéfica pode ocorrer por meio de duas formulações, a saber a *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*.

A *abolitio criminis* é causa excludente da punibilidade, onde se tem a sobrevinda de novel lei penal, a qual por julgar o fato não mais digno de ser penalmente tutelado afasta o comportamento da pecha de ser crime.

A lei que afasta o rótulo penal da conduta provoca a total eliminação do fato para o sistema e configura uma exceção a regra do absolutismo da coisa julgada, com a aplicação da nova lei ocorrendo *ex officio* pelo julgador (art. 61, CPP). Além disso, pelos seus efeitos irem para depois da sentença definitiva, o Juiz de Direito da Vara de Execução Penal (artigo 66, I, CP e Súmula 611, STF) poderá conhecê-la.

De outro lado, a *novatio legis in melius* é a lei nova que apresenta um tratamento penal mais brando, diminuindo o peso da norma incriminadora, a qual pode se dar por meio de criação de nova causa de diminuição de pena, atenuante, novos critérios para progressão de regime, flexibilização de requisitos para livramento condicional, dentre outros.

A nova lei também tem incidência imediata e seus efeitos retroagem para alcançar fatos pretéritos pelo simples fator de representar mais condignamente os valores e ideais que amparam o pensamento social.

Há uma divergência doutrinária a respeito do momento da aplicação da nova lei penal, onde ela será imediatamente por idéias de celeridade ou após a entrada em vigor, com fincas em segurança jurídica.

Filiamos a segunda corrente, vez que durante o período de *vacatio legis* a lei penal ainda é um embrião de intenções benéficas, o qual poderá ou não vir a lume, e, o ato de conceder o beneplácito sem tal lei é agir à margem da legalidade em uma pretensa expectativa de direito, sem o escudo da lei para fundamentar a decisão.

De arremate Rogério Greco assinala:

Se prejudicar, o termo inicial de aplicação será, sempre, o da data de sua vigência; se beneficiar, podemos trabalhar com duas correntes doutrinárias – a primeira entendendo pela aplicação, por *critérios de economia*, a partir da sua *publicação*; a segunda, sob o argumento da *segurança*, após sua *entrada em vigor*^[18].

Em suma, para Ney Moura Teles:

o princípio da reserva legal é claro ao dizer que só haverá crime e pena, se houver, previamente, uma lei anterior. Mas o objetivo não era o de reafirmar o princípio da legalidade, mas o de construir outro pilar sobre o qual se sustenta o Direito Penal, o de que a lei penal mais favorável retroagirá ou ultragirá^[19].

2.2.3.) PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE (LEX CERTA):

O Princípio da Taxatividade, sub-princípio da legalidade, determina ao legislador o dever de delinear com clareza os elementos fundantes do tipo de injusto, oferecendo um texto que prime pela determinação da conduta ilícita, das elementares, circunstâncias e fatores influenciadores na configuração dos contornos da tipicidade e sua respectiva consequência jurídica.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes assinala:

É mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torna-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro de limites não exagerados[20].

Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido[21].

Francisco de Assis Toledo expõe com clareza solar:

A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica[22].

A lei penal que comina pena e descreve conduta punível não deve ser generalista, mas sim, precisa, taxativa e determinada, sem qualquer indeterminação com a pré-fixação a respeito dos dados que permitem a qualificação e assimilação das figuras típicas.

Luiz Regis Prado aponta as peculiaridades e função da taxatividade:

Procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo legal de modo suficientemente *determinado* para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante contitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade[23].

Ela Wiecko Volkmer de Castilho pontifica que: “As leis penais devem apresentar nos tipos e nas penas um mínimo de determinação”[24].

André Coppetti salienta o paradigma da crise de legalidade:

Mas, se por um lado, o princípio da legalidade oferece uma garantia aos cidadãos quando a edição de leis penais é realizada dentro de parâmetros racionais humanistas, por outro, a inflação legislativa em matéria penal pode tornar a reserva legal um instrumento com reflexos totalmente diversos e contrários aos seus objetivos garantistas primordiais, fato que se verificou com especial particularidade a partir da instituição do Estado social e estendeu-se sem limites até nossos dias, sendo hoje um fenômeno que se manifesta concomitante ao processo de mundialização econômica caracterizando-o marcadamente[25].

A incriminação deve ser permeada de elementos que permitam a sociedade o conhecimento do injusto, mas tal atividade se revela por árdua hodiernamente, tendo em vista o fato de que vivemos sobre uma intensa inflação legislativa, bem como vivemos na sociedade de risco, onde o Direito Penal avança a passos largos rumo a campos permeados de necessidades técnicas em interesses difusos.

Rodrigo Sánchez Rios explica-nos a problemática da tutela penal dos interesses difusos, o garantismo e a taxatividade:

A vigência do princípio da legalidade, no entanto, vem sofrendo hoje uma insatisfatória realização. Tal assertiva é justificada pela tendência de política criminal em utilizar-se o legislador de exacerbados elementos normativos na descrição típica, bem como da utilização dos assim denominados tipos abertos e leis penais em branco.

Pois bem: na elaboração de figuras típicas delitivas no âmbito dos bens jurídicos coletivos ou supra-individuais hoje penalmente tutelados (a exemplo do meio ambiente, do sistema financeiro nacional e da ordem econômico-tributária) o legislador tende a utilizar tipos penais nos quais há uma remissão expressa a conteúdos extra-penais[26].

A importância em ofertar uma segurança social e uma tutela penal aos interesses difusos passa, em primeiro lugar, pela seletividade do bem jurídico com estribo sócio-constitucional, para adiante se realizar uma seqüência de tipos penais que oferte o mínimo de regramento aos fatos, porém, sem desvirtuar da necessidade de se ter uma lei penal apreensível aos seus destinatários.

Em dados ramos, a ininteligibilidade do tipo penal, seja pela imprecisão e fluidez de seus termos, por exemplo, arts.4º, Lei 7492/86 e 54, Lei 9605/98 ou pelo elevado teor técnico das elementares configuradoras do tipo.

Daí, a importância de criar um injusto cognoscível que oferte equilíbrio na certeza dos preceitos, com segurança na relação Estado - Sociedade e a tutela eficaz aos interesses difusos, dentro de parâmetros objetivos, guindados por normas generalistas e não incertas e imprecisas.

Ao fim, a Taxatividade tem por finalidade, segundo Juarez Tavares:

...evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo. Considerando que a função primeira do direito penal é a de delimitar as áreas do justo e do injusto, mediante um procedimento ao mesmo tempo substancial e informativo, a exata descrição dos elementos que compõem a conduta criminosa serve, primeiramente, ao propósito de sua materialização, quer dizer, sua condição espaço-temporal; depois, como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, pelo qual se assinalam as zonas do proibido e do permitido; por fim, de regulação sistemática[27].

3.) HIPÓTESES DE EXCLUSÃO E ADMISSIBILIDADE DOS COSTUMES NO DIREITO PENAL (LEX SCRIPTA):

Pelo postulado da *lex scripta*, o Direito Penal tem como marco fundamental de seus institutos a lei, a qual veda completamente qualquer tentativa de majoração da pena por outro meio diverso, porém, há margem a utilização de outros recursos interpretativos e modalidades de lei com o fito de elucidar o conteúdo da proibição.

O costume, atos normativos secundários, analogia penal *in malam partem* não pode servir de base alteração do preceito incriminador, sob pena de flagrante inconstitucionalidade formal[28].

Tem-se como inidônea a utilização do direito consuetudinário como fundamento para agravar a situação do criminoso, mas, de outro lado, tal é admitido para integrar em elementos secundários a figura penal.

A plasticidade do conteúdo de tais normas, bem como pelo não reflexo dos ideais democráticos veda tais espécies normativas. Contudo, o costume pode ser reconhecido como membro configurador do tipo penal quando atue em favor do cidadão, sendo fonte legítima do Direito Penal, desde que haja o “reconhecimento geral e a vontade geral que a norma costumaria atue como direito vigente”[29].

4.) ADMISSIBILIDADE E EXCLUSÃO DA ANALOGIA EM MATÉRIA PENAL (LEX STRICTA):

A analogia é o reconhecimento por parte do homem da mutabilidade dos preceitos da sociedade, bem como da limitação natural de que o legislador não é hábil a reger tudo, com o Direito não encerrando em si mesmo todos os comportamentos sociais.

Aníbal Bruno explica:

Nenhuma legislação, por mais compreensivas que sejam as suas disposições ou mais minuciosa a sua casuística, conseguirá abranger todas as hipóteses que a vida, na sua complexidade e variabilidade, oferece à decisão da Justiça. Era uma ilusão a idéia que tinha o racionalismo jurídico, da plenitude logicamente necessária do Direito. Todo sistema de direito positivo tem lacunas. Além disso, mesmo que uma sábia interpretação evolutiva distenda o sentido primitivo dos textos que regem determinados fatos, para acomodá-los à transformação destes, não basta essa função para manter o sistema jurídico em condições de abranger com as suas normas todas as necessidades sociais. A vida, na sua evolução, se distancia do Direito legislado, ultrapassa-o e vai criar, assim, outras lacunas no sistema jurídico. Se novas leis não ocorrem a cobri-las, é ao juiz que cabe preenchê-las por meio do processo da analogia[30].

Analogia é meio de integração da norma penal, onde o intérprete apura a presença de um vazio no sistema e avalia uma hipótese similar contida em outro preceito penal (*analogia legis*) ou em princípios fundantes desta outra lei (*analogia iuris*), os quais serão integrados por meio da aplicação das motivações que induziram a tal regramento jurídico.

O Direito Penal majoritariamente a admite, salvo no caso de normas que delimitem o injusto culpável e seu alcance, hipótese em que se subverteria a garantia da legalidade. A ampliação dos lindes dos tipos pela analogia é inconstitucional (*analogia penal in malam partem*), vez que trabalha com elementos alheios a vontade popular externada no processo legislativo de incriminação, o que abala com igual força o princípio da segurança jurídica.

Nos preceitos penais que atuam em favor do cidadão, pois atenua a situação do criminoso e lhe traz benefícios. Assim, a doutrina vem a considerando como válida tal modalidade de analogia *in bonam partem* que se funda em princípio de equidade e na regra da legalidade não trazer proibitivos a sua incidência.

Miguel Reale Júnior:

A taxatividade impõe uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda a dúvida, os limites e fronteiras do punível. O princípio da tipicidade em sua angulação político-garantidora obriga que o trabalho hermenêutico não amplie o significado do proibido para atender aos fins que o acusador ou o julgador pretendam dar à incriminação e, em consequência, é absolutamente vedada a analogia nos domínios do direito penal, senão *in bonam partem*[31].

No que tangencia ao uso da analogia em função das normas penais não-incriminadoras gerais, aquelas excludentes ou atenuantes, temos que Luiz Regis Prado veda sua utilização e parte da premissa de que por se tratar de um direito excepcional, a interpretação do comando deve ser restritiva[32], malgrado tal posicionamento insurge majoritariamente a doutrina nacional.

5.) CONJUGAÇÃO DE LEIS PENAIS (LEX TERTIA):

A Lex Tertia é a combinação de leis, a qual consiste na aplicação de partes benéficas de duas ou mais leis visando favorecer ao autor do fato.

O juiz com base no *tempus regit actum* aplica o preceito benéfico da primeira e pela retroatividade benéfica aplica o postulado minorado da segunda lei.

Tal questão gera celeuma acerca do juiz estar legislando positivamente e violando o princípio da legalidade, bem como a separação dos poderes.

Há quem defenda a inadmissibilidade da medida, como Nelson Hungria[33] e Aníbal Bruno, pois o juiz não pode criar leis e invadir campo exclusivo e privativo do Poder Legislativo,

configurando-se como legislador positivo. O juiz monocrático pode ser legislador negativo, por meio do controle de constitucionalidade, mas, todavia, nunca positivo.

Outros, por seu turno, defendem a possibilidade da *lex tertia*, com Cezar Bitencourt[34], Magalhães Noronha[35] e José Frederico Marques que aduz que quem pode o mais poderá o menos, onde se ele pode aplicar toda a lei igualmente poderá aplicar apenas uma parcela dela. O juiz não cria lei, apenas está interpretando-a para uma perfeita adequação aos ditames constitucionais do Direito Penal e a função garantista do julgador, portanto ele “está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima”[36].

6.) LEIS PENAIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS:

As Leis Penais premidas de tais elementos possuem prazo de validade pré-delimitado, vez que foram criadas para dar tratamento a uma situação de especial gravidade e instabilidade social, onde podem ou não ter o lastro de vigência determinado ou, ao menos, determinável.

José Frederico Marques pontua:

...por ter sido elaborada em função de acontecimentos anormais, ou em razão de uma eficácia previamente limitada no tempo, não se pode esquecer que a própria tipicidade dos fatos cometidos sob seu império, inclui o fator temporal como pressuposto da ilicitude punível ou agravamento de sua sanção[37].

A Norma Penal Excepcional é aquela que se refere expressamente e tão somente ao caso contido nela, pois tem por fundamento uma medida de política criminal específica e não se ampara em princípio geral do direito. São aquelas cujo período de vigência vincula-se à duração das circunstâncias anormais que a deu vida e condicionam a sua existência.

Inicialmente, as Leis Penais Temporárias são aquelas cujo período de vigência encontra-se expressamente determinado em seu texto ou em outro texto legal. Justificam-se em épocas mais graves, com o período de vigência sendo pré-determinado.

As leis supramencionadas sempre possuirão a ultratividade, alcançando fatos ocorridos durante a sua vigência que não estarão sob o crivo da legislação normal, pois os fatos se deram em período de instabilidade e, por tal, se submeterão à lei anormal.

O fundamento dela é evitar a fraude para a aplicação da lei penal benéfica, afastando eventual inocuidade.

O art. 5º, XL, CF traz o princípio regra de *tempus regit actum* e a retroatividade da lei penal benéfica e os princípios constitucionais só podem ser excepcionados na própria Constituição. Paulo José da Costa Júnior com estribo na referida norma constitucional defende a inconstitucionalidade no art. 3º, CP[38].

Malgrado a opinião supra, não se trata, contudo, de irretroatividade ou sucessão de leis penais no tempo, mas sim, de ultratividade[39], porque durante esse período extraordinário de convulsão social ou calamidade pública[40] teríamos dois crimes, onde a pena mais gravosa se justificaria ante a situação de anormalidade, aplicando-a ante o período da especialidade.

A retroatividade se fundaria na aplicação futura de uma lei pretérita, o que não é o caso, pois a lei nasceu com um condicionamento temporal de vigência que deve ser respeitado na inteireza, sob pena de subverter a finalidade da norma e a anormalidade da situação de fato. A lei não retroage, mas se aplica a fatos ocorridos durante sua vigência.

No caso de haver sucessão de leis excepcionais ou temporárias a questão passa a ser de leis no tempo, mas com um condicionante especial, a aplicação de a segunda lei depender de previsão expressa no sentido de trazer a retroatividade benéfica alcançando os fatos anteriores da anormalidade.

7.) NORMA PENAL EM BRANCO:

É aquela norma penal incriminadora que necessita de complemento para a aplicação do preceito primário dela mesmo.

Andreas Eisele explica:

No entanto, determinados enunciados legais (tipos) são incompletos (ou seja, insuficientes na descrição da conduta), carecendo de complementação devido ao fato de conterem elementos cujo conteúdo semântico é estabelecido por outros dispositivos de natureza legislativa. Desse modo, para elaboração completa da descrição da conduta típica, é necessária uma síntese coordenada de ambos os dispositivos legais[41].

A norma penal em branco, segundo Luiz Regis Prado: “é aquela que necessita de complementação de outro ato normativo que também passa a ter natureza penal”[42].

As Normas Penais em Branco em sentido lato, homogênea, imprópria são aquelas cujo complemento deriva da mesma fonte formal que a editou. O comando emana da União (art. 22, I, CF), e o complemento também dela advém. Binding quando a criou pensou em estabilizar o preceito primário e permitir sua atualização constante sem o devido processo legal que se desatualize o corpo legal.

De outro lado, as Normas Penais em Branco em sentido estrito, heterogênea, própria possuem o complemento decorrente de fonte distinta da lei formal, tal qual o decreto, a portaria.

Tal arcabouço normativo, não pode ter complemento em leis estaduais ou municipais porque a alteração do complemento ensejaria um processo legislativo para alterar as referidas leis. De outro lado, outros defendem sua possibilidade por atender o requisito formal de Binding, a saber, outro ente federado.

A flexibilização da norma penal em branco se dá dos aspectos laterais dos tipos penais, nunca podendo ir além dos mandamentos incriminadores centrais de um tipo penal ou ser utilizado em demasia para que se tenha um maior alcance as figuras incriminadoras, sob pena de subverter a legalidade, a taxatividade e a segurança jurídica.

Muito embora, seja necessário tal cuidado por parte do legislador tal se revela como medida de política criminal cômoda[43] ao legislador, em especial, no Direito Penal Econômico.

Deparando-nos com lei penal em branco que apresente influência negativa sobre o próprio preceito primário do tipo temos uma situação de evidente inconstitucionalidade, onde a lei deixa de ser certa, perdendo espaço para estágios de antecipação de tutela penal e maximização do controle penal.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli apontam: “O Poder que complementa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais”[44]

Na hipótese de haver uma alteração de complemento no tempo em tais normas, e, sendo a norma sucessora mais benéfica ela retroagiria para alcançar fato submetido ao complemento?

Em se tratando de Norma Penal em Branco em sentido lato a mudança do complemento em benefício do agente enseja a retroatividade do novo complemento, se houver uma modificação na concepção do Estado sobre um determinado instituto a lei penal benéfica retroage. Caso o primeiro complemento seja uma lei temporal ou excepcional e o outro uma lei geral, não se terá a retroatividade.

Tratando-se a mudança do complemento em benefício do agente pode-se ou não acarretar a retroatividade do novo complemento. Haverá retroatividade quando o complemento vigente ao tempo do fato não se vincular a circunstâncias temporais e anormais. Hipótese em que terá natureza similar a das leis

excepcionais ou temporais possuindo ultratividade, ressalvado a interpretação constitucional que por ventura limite os efeitos da decisão.

8.) FREQUENTES ESPÉCIES DE LESÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

O princípio da legalidade pode ser vulnerado por diversas formas, porém, Nilo Batista^[45] ao discorrer sobre o assunto de forma sucinta e clara, bem define os principais ataques sofridos pela norma princípio.

Em primeiro lugar vem a *ocultação do núcleo do tipo*, onde o preceito incriminador pode estar oculto na sua inteireza ou esconder-se atrás de outro verbo que revele um agir vago e indeterminado. Há a confusão entre o verbo e o resultado, *e.g.* arts. 149, 233, CP.

No segundo momento, o *emprego de elementos do tipo sem precisão semântica*, onde os elementos normativos não contém o mínimo de referência que permita uma estabilização do conteúdo do injusto. A imprecisão ocorre aqui até mesmo nos elementos descritivos da conduta proibida, *v.g.* arts. 245, 247, I e II, CP.

O terceiro nível trata de *tipificações abertas e exemplificativas*, ou seja, tipos penais com preceitos por demais abertos, que dão ensejo a uma excessiva discricionariedade na adequação típica ou permitem abusos por via de interpretação analógica, *e.g.* arts. 147 e 226, II, CP.

9.) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL:

O princípio da legalidade, postulado básico e premissa fundamental da segurança jurídica, busca em sede de execução penal demarcar com rigidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão^[46].

É certo que os condenados não podem sofrer privações ou restrições além dos limites necessários à execução de sua pena, com vistas a sua “ação readaptadora”^[47].

Tal matriz limita o Estado na forma de execução da sanção penal e para Ela Wiecko Volkmer de Castilho: “O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro dos limites definidos”^[48].

Nesse sentido, temos um arcabouço de princípios constitucionais que se referem a execução penal, a saber, juiz e promotor natural (art.5º, LIII, CF); presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CF); individualização da pena (art. 5º, XLVIII, CF) e humanidade das penas (art. 5º, XLIX, CF).

10.) CONCLUSÃO:

Face o exposto, após visualizarmos e contextualizarmos o princípio da legalidade em suas várias facetas, bem como contrapô-lo com a tutela dos interesses meta-individuais podemos averiguar que estamos vivendo uma crise de legalidade, pois há o uso irrestrito da lei penal de forma inapropriada na tutela do risco com variados tipos penais que quebrantam a legalidade e não oferecem a necessária segurança jurídica ou social.

Logo, o princípio da legalidade sofre distorção em sua essência, pois além de termos um Direito Penal de *Prima Ratio* presenciamos o excesso de elementos normativos, cláusulas gerais, normas penais em branco, além da antecipação das hipóteses de risco e utilização desse ramo do direito como instrumento eleitoral, ao viés, de fomentar uma primordial estabilidade jurídica e social.

Ao fim, forçoso é concordar com Edmundo de Oliveira que aponta: “não devemos renunciar à busca de uma solução razoável e que se aproxime o mais possível do ideal”^[49].

11.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*. Del Rey: Belo Horizonte. 1996.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios Penais: Da Legalidade à Culpabilidade*. 1ª Ed. nº 24. IBCCRIM: São Paulo. 2003.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª Ed. Revan: Rio de Janeiro. 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, PG, vol. I*. 6ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, PG*. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1956.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkemer. *Controle de Legalidade na Execução Penal*. 1ª Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 1988.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 1995.
- COPPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. 1ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2000.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal, vol. I*. Saraiva: São Paulo. 1991.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 1998.
- EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. 2ª Ed. Dialética: São Paulo. 2002.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no controle de normas penais*. 1ª Ed. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre. 2005.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, vol. II, PE*. 2ª Ed. Impetus: Rio de Janeiro. 2006.
- GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. RT: São Paulo. 1994.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal, vol. I*. 6ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1980.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 22ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1999.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais*. RT, Fascículos Penais, Ano 89, v. 779. RT: São Paulo. 2000.
- _____. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 1999.
- LUIZI, Luiz. *Princípios Constitucionais Penais*. 2ª Ed. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal, vol. I*. 1ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1954.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, vol. I*. 17ª Ed. Atlas: São Paulo. 2000.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. Saraiva: São Paulo. 1975.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal, vol. I*. 24ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2ª Ed. RT. São Paulo. 2002.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Alternativas à Prisão*. Forense: Rio de Janeiro. 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 2006.
- _____. *Elementos de Direito Penal, vol. I*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 2005.
- _____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal, PG, vol. I*. 2ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2004.
- _____. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. 1ª Ed. RT: São Paulo. 1998.
- RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância e sua Interpretação Jurisprudencial*. 1ª Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2000.
- RIOS, Rodrigo Sanchez. *Reflexões sobre o Princípio da Legalidade no Direito Penal e o Estado Democrático de Direito*. RT, Fascículos Penais, Ano 95, v. 847. RT: São Paulo. 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1985.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *A Crise de Legalidade na Execução Penal*. In *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Organizador: Salo de Carvalho Lúmen Júris: Rio de Janeiro. 2002.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: Aspectos Relevantes de sua aplicação e execução*. RT: São Paulo. 2002.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro. 2004.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. 1ª Ed. Atlas: São Paulo. 2000.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2002.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal, PG*. 2ª Ed. Atlas: São Paulo. 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, PG*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 1999.

Notas:

- [1] LUIZI, Luiz. *Princípios Constitucionais Penais*. 2ª Ed. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 2003. p. 21.

- [2] MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal, vol. I*. 1ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1954. p.132/133.
- [3] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006. p.130.
- [4] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994. p.21.
- [5] BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, PG*. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1956. p. 192.
- [6] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª Ed. Revan: Rio de Janeiro. 1999. p.73.
- [7] RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância e sua Interpretação Jurisprudencial*. 1ª Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2000. p.15.
- [8] PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 131.
- [9] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 24.
- [10] CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 1995. p. 49.
- [11] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal, PG, vol. I*. 2ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2004. p. 36.
- [12] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, PG, vol. I*. 6ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2000. p.110.
- [13] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 31/32.
- [14] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 111.
- [15] BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 69.
- [16] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal, vol. I*. 24ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2003. p.78.
- [17] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1985. p.50/51.
- [18] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, vol. II, PE*. 2ª Ed. Impetus: Rio de Janeiro. 2006. p.26.
- [19] TELES, Ney Moura. *Direito Penal, PG*. 2ª Ed. Atlas: São Paulo. 2006. p.40.
- [20] LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais*. RT, Fascículos Penais, Ano 89, v. 779. RT: São Paulo. 2000. p. 426.
- [21] *Ibid. Ibidem*. p. 427.
- [22] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 29.
- [23] PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 133.
- [24] CASTILHO, Ela Wiecko Volkemer. *Controle de Legalidade na Execução Penal*. 1ª Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 1988. p.18.
- [25] COPPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. 1ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2000. p. 112.
- [26] RIOS, Rodrigo Sanchez. *Reflexões sobre o Princípio da Legalidade no Direito Penal e o Estado Democrático de Direito*. RT, Fascículos Penais, Ano 95, v. 847. RT: São Paulo. 2006. p. 414/415.
- [27] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2002. p.173.
- [28] PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 132.
- [29] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 26.
- [30] BRUNO, Aníbal. Op. cit. p.208.
- [31] REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit. p. 38.
- [32] PRADO, Luiz Régis. *Elementos de Direito Penal, vol.I*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 2005. p.39/40.
- [33] HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal, vol.I*. 6ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1980. p.120.
- [34] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p.109.
- [35] NORONHA, Edgard Magalhães. Op. cit. p.81/82.
- [36] MARQUES, José Frederico. Op. cit. p. 192.
- [37] MARQUES, José Frederico. Op. cit. p.200.
- [38] COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal, vol. I*. Saraiva: São Paulo. 1991. p.29.
- [39] NORONHA, Edgard Magalhães. Op. cit. p.80/81.
- [40] TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 44.
- [41] EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. 2ª Ed. Dialética: São Paulo. 2002. p.32.
- [42] PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 2006. p. 45.
- [43] SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro. 2004. p. 85 e ss.
- [44] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, PG*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 1999. p. 450.
- [45] BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 81/82.

[46] DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 1998. p.463.

[47] *Ibid. Ibidem*. p. 464.

[48] CASTILHO, Ela Wiecko Volkemer. Op. cit. p. 25.

[49] OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Alternativas à Prisão*. Forense: Rio de Janeiro. 2001. p.10.

(Texto elaborado em novembro/2006)

Flávio Augusto Maretti Siqueira e Márcio Zuba de Oliva

Flávio Augusto Maretti Siqueira: Advogado; Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL; Aluno não-regular no Programa de Mestrado em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supra-Individuais na Universidade Estadual de Maringá/PR.

Márcio Zuba de Oliva: Advogado; Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL; Aluno não-regular no Programa de Mestrado em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supra-Individuais na Universidade Estadual de Maringá/PR.

Inserido em 11/2/2007

Parte integrante da Edição no 216

Lei Maria da Penha

Site: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Maria_da_Penha>

Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Ir para: [navegação](#), [pesquisa](#)

Conhecida como **Lei Maria da Penha** a lei número 11.340 decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente do Brasil Luiz Inácio Lula da Silva em 7 de agosto de 2006; dentre as várias mudanças promovidas pela lei está o aumento no rigor das punições das agressões contra a mulher quando ocorridas no âmbito doméstico ou familiar. A lei entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, e já no dia seguinte o primeiro agressor foi preso, no Rio de Janeiro, após tentar estrangular a ex-esposa.

A introdução da lei diz:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

—Lei 11.340

A farmacêutica Maria da Penha, que dá nome à lei contra a violência doméstica.

O caso nº 12.051/OEA, de Maria da Penha (também conhecida como Leticia Rabelo) Maia Fernandes, foi o caso homenagem à lei 11.340. Ela foi agredida pelo marido durante seis anos. Em 1983, por duas vezes, ele tentou assassiná-la. Na primeira com arma de fogo, deixando-a paraplégica, e na segunda por eletrocução e afogamento. O marido de Maria da Penha só foi punido depois de 19 anos de julgamento e ficou apenas dois anos em regime fechado.

Em razão desse fato, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que é um órgão internacional responsável pelo arquivamento de comunicações decorrentes de violação desses acordos internacionais.

A lei alterou o Código Penal Brasileiro e possibilitou que agressores de mulheres no âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada, estes agressores também não poderão mais ser punidos com penas alternativas, a legislação também aumenta o tempo máximo de detenção previsto de um para três anos, a nova lei ainda prevê medidas que vão desde a saída do agressor do domicílio e a proibição de sua aproximação da mulher agredida e filhos.

A juíza Andréia Pachá considera a lei um marco na luta contra a violência doméstica, segundo ela "Eu acho que muito mais do que um problema com conseqüências graves, a violência doméstica é fruto da ignorância[...]"^[1] A maioria dos segmentos da sociedade, incluindo a Igreja Católica, consideraram a lei muito bem-vinda. Inclusive em 1990 a Campanha da Fraternidade, instituída pela CNBB, escolheu o tema "Mulher e Homem — Imagem de Deus", fazendo clara referência a igualdade de gêneros.^[2] Na Câmara, a deputada representante da bancada feminina Sandra Rosado do PSB, chamou a atenção de suas companheiras para a aplicação da lei com rigor e prioridade.^[3]

Os Evangélicos também consideraram a lei importante. A Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil (IECLB), por exemplo, elaborou uma cartilha^[4] onde condena severamente a violência praticada contra a mulher, "Temas e conversas – pelo encontro da paz e superação da violência doméstica". Curiosamente, a própria Bíblia condena toda forma de violência contra o assim chamado "sexo frágil", em diversas passagens do Novo Testamento.

A mudança mais considerável da Lei Maria da Penha com a introdução do Art. 9º, do Art. 129, do Código Penal Brasileiro.

Alguns críticos alegam que, embora mais rara, a violência contra o homem também é um problema sério, minorizado pela vergonha que sentem em denunciar agressões sofridas por parte de companheiras agressivas.^[5] É caracterizada pela coação psicológica, estelionato (como casamentos por interesse), arremesso de objetos e facadas.

Um dos pontos chave é que o artigo 5º da constituição garante direitos iguais a todos, portanto o termo "violência contra a mulher" é incompleto, pois separa a violência "[...] *contra as mulheres dos demais*".^[6] Um caso típico, foi a série de críticas propugnadas por um juiz de Sete Lagoas, Edilson Rumbelsperger Rodrigues, contra a lei, segundo ele, entre argumentos a respeito de Adão e Eva, "*A vingar esse conjunto de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras, porque sem pais; o homem subjugado.*"^[7]

Uma outra crítica vem do delegado Rafael Ferreira de Souza, ele afirma "*Quantas vezes presenciei a própria mulher, vítima de uma ameaça ou de uma lesão corporal, desesperada (literalmente) porque seu companheiro ficaria preso [...]*".

Violência doméstica

Site: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_dom%C3%A9stica>

Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Ir para: [navegação](#), [pesquisa](#)

Violência doméstica é a violência, explícita ou velada, literalmente praticada dentro de casa ou no âmbito familiar, entre indivíduos unidos por parentesco civil (marido e mulher, sogra, padrasto) ou parentesco natural pai, mãe, filhos, irmãos etc.^[1] Inclui diversas práticas, como a violência e o abuso sexual contra as crianças, maus-tratos contra idosos, e violência contra a mulher e contra o homem geralmente nos processos de separação litigiosa além da violência sexual contra o parceiro.

Pode ser dividida em violência física — quando envolve agressão directa, contra pessoas queridas do agredido ou destruição de objectos e pertences do mesmo (patrimonial); violência psicológica — quando envolve agressão verbal, ameaças, gestos e posturas agressivas, juridicamente produzindo danos morais; e violência sócio-económica, quando envolve o controle da vida social da vítima ou de seus recursos económicos. Também alguns consideram violência doméstica o abandono e a negligência quanto a crianças, parceiros ou idosos. Enquadradas na tipologia proposta por Dahlberg; Krug,^[2] na categoria **interpessoais**, subdividindo-se quanto a natureza Física, Sexual, Psicológica ou de Privação e abandono. Afetando ainda a vida doméstica pode-se incluir da categoria **autodirigida** o comportamento suicida especialmente o suicídio ampliado (associado ao homicídio de familiares) e de comportamentos de auto-abuso especialmente se consideramos o contexto de causalidade. É mais frequente o uso do termo "violência doméstica" para indicar a violência contra parceiros, contra a esposa, contra o marido e filhos. A expressão substitui outras como "violência contra a mulher". Também existem as expressões "violência no relacionamento", "violência conjugal" e "violência intra-familiar".

Note que o poder num relacionamento envolve geralmente a percepção mútua e expectativas de reação de ambas as partes calcada nos preconceitos e/ou experiências vividas. Uma pessoa pode se considerar como subjugada no relacionamento, enquanto que um observador menos envolvido pode discordar disso.



Mulher no hospital depois que o marido dela a espancou

Muitos casos de violência doméstica encontram-se associados ao consumo de álcool e drogas, pois seu consumo pode tornar a pessoa mais irritável e agressiva especialmente nas crises de abstinência. Nesses casos o agressor pode apresentar inclusive um comportamento absolutamente normal e até mesmo "amável" enquanto sóbrio, o que pode dificultar a decisão da parceira em denunciá-lo.

Violência e as doenças transmissíveis são as principais causas de morte prematura na humanidade desde tempos imemoriais, com os avanços da medicina, disponibilidade de água potável e melhorias da

urbanização a redução das doenças infecciosas e parasitárias, tem voltado o foco da saúde pública para a ocorrência da violência. Contudo como observa Minayo e Souza ^[4] este é um fenômeno que requer a colaboração interdisciplinar e ação multiprofissional, sem invalidar o papel da epidemiologia para o dimensionamento e compreensão do proplema alerta para os riscos de reducionismo e necessidade de uma ação pública.

Estatisticamente a violência contra a mulher é muito maior do que a contra o homem. Um estudo realizado em São Paulo ^[4] encontrou-se quanto à relação autor-vítima, que 1.496 (81,1%) agressões ocorreram entre casais, 213 (11,6%) entre pais/responsáveis e filhos, e 135 (7,3%) entre outros familiares. Esse mesmo estudo referindo-se acerca dos motivos da agressão, os chamados “desentendimentos domésticos” que se referem às discussões ligadas à convivência entre vítima e agressor (educação dos filhos; limpeza e organização da casa; divergência quanto à distribuição das tarefas domésticas) prevaleceram em todos os grupos, fato compreensível se for considerado que o lar foi o local de maior ocorrência das agressões. Para muitos autores, são os fatos corriqueiros e banais os responsáveis pela conversão de agressividade em agressão. Complementa ainda que o sentimento de posse do homem em relação à mulher e filhos, bem como a impunidade, são fatores que generalizam a violência.

Há quem afirme que em geral os homens que batem nas mulheres o fazem entre quatro paredes, para que não sejam vistos por parentes, amigos, familiares e colegas do trabalho. A cultura popular tanto propõe a proteção das mulheres (*em mulher não se bate nem com uma flor*) como estimula a agressão contra as mulheres (*mulher gosta de apanhar*) chegando a aceitar o homicídio destas em casos de adultério, em defesa da honra. Outra suposição é que a maioria dos casos de violência doméstica são classes financeiras mais baixas, a classe média e a alta também tem casos, mas as mulheres denunciam menos por vergonha e medo de se exporem e a sua família. Segundo Dias ^[5] o fenômeno ocorre em todas as classes porém mais visíveis entre os indivíduos com fracos recursos econômicos.

A violência praticada contra o homem também existe, mas o homem tende a esconder mais por vergonha. Pode ter como agente tanto a própria mulher quanto parentes ou amigos, convencidos a espancar ou humilhar o companheiro. Também existem casos em que o homem é pego de surpresa, por exemplo, enquanto dorme. Analisando os denominados crimes passionais a partir de notícias publicadas em jornais Noronha e Dalro ^[6] identificaram que estes representam 8,7% dos crimes noticiados e que destes 68% (51/75) o agressor era do sexo masculino (companheiro, ex-companheiro, noivo ou namorado) nos crimes onde a mulher é a agressora ressalta-se a circunstância de ser o resultado de uma série de agressões onde a mesma foi vítima.

É impossível discutir a violência doméstica sem discutir os papéis de gênero, e se eles têm ou não têm impacto nessa violência. Algumas vezes a discussão de gênero pode encobrir qualquer outro tópico, em razão do grau de emoção que lhe é inerente.

Quando as mulheres passaram a reclamar por seus direitos, maior atenção passou a ser dada com relação à violência doméstica, e hoje o movimento feminista tem como uma de suas principais metas a luta para eliminar esse tipo de violência. O primeiro abrigo para mulheres violentadas foi fundado por Erin Pizzey (1939), nas proximidades de Londres, Inglaterra. Isso aconteceu na década de 1960. Pizzey fez certas críticas a linhas do movimento feminista, afirmando que a violência doméstica nada tinha a ver com o patriarcado, sendo praticada contra vítimas vulneráveis independentemente do sexo...

Como resposta imediata, além do atendimento adequado à vítimas de violência tanto nos aspectos físicos como psicossociais, urge reconhecer a demanda nos termos epidemiológicos que se apresenta. Com essa intenção vem se estabelecendo no Brasil. O sistema de notificação de notificação/investigação individual da violência doméstica, sexual e/ou outras violências através das secretarias estaduais e municipais de saúde após promulgação da lei nº 10778, de 24 de novembro de 2003 que estabeleceu a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

Além das dificuldades de produzir informações fidedignas da amplitude desses agravos face a natureza burocrática dos sistemas de informação e cultura de omitir tais agravos vergonha ou descrédito nas instituições públicas por parte das vítimas a complexidade do aparelho de Estado ou setores da administração pública onde se insere essa assistência resulta tanto na assistência inadequada a estas como no controle social do fenômeno violência ou seja a prevenção destas ocorrências e punição do agressores.

Para se ter uma idéia da complexidade do fenômeno basta examinarmos a dimensão da rede de instituições envolvidas as Unidades de Saúde do SUS (Pronto Atendimento, Setores de Emergência e da Assistência Hospitalar; Serviços de Saúde Mental) o CRAS Centro de Referência de Assistência Social do SUAS – (Sistema Único de Assistência Social); o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão responsável em fiscalizar se os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Conselho Municipal do Menor e da Criança que administra o Fundo para Infância e Adolescência, a Secretarias de governo (Secretarias de Ação Social, da Mulher, etc), Delegacia da Mulher, Vara de Família e Juizado de Menores etc. A noção **rede de serviços** propõem a integração dessas instituições contudo as modificações institucionais envolvem determinações de natureza política e cultural ainda inteiramente compreendidas ou controláveis.