

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MILENA CRISTIAN BUKOWSKI

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA:
COMENTÁRIOS SOBRE A LEI MARIA DA PENHA, SUA
CONSTITUCIONALIDADE E CONVENIÊNCIA**

**CURITIBA
2008**

MILENA CRISTIAN BUKOWSKI

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA:
COMENTÁRIOS SOBRE A LEI MARIA DA PENHA, SUA CONSTITUCIONALIDADE
E CONVENIÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Dra. Joeci Camargo Machado

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

MILENA CRISTIAN BUKOWSKI

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2008.

SUMÁRIO

1

INTRODUÇÃO	07
2 COMO E PORQUE SURTIU A LEI MARIA DA PENHA	10
2.1 PRECONCEITO HISTÓRICO SOFRIDO PELA MULHER.....	10
2.2 FATOS QUE ENSEJARAM A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.....	13
2.3 O BRASIL E OS ACORDOS INTERNACIONAIS: CEDAW E A CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ.....	15
2.4 TRÂMITE PERANTE A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS – CASO Nº 12.051: MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES.....	17
3. ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA	20
3.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....	20
3.2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	21
3.3 SUJEITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	23
3.4 UNIDADE DOMÉSTICA.....	23
3.5 FAMÍLIA.....	25
3.6 RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO.....	26
3.7 ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA.....	27
3.7.1 Violência Física.....	27
3.7.2 Violência psicológica.....	28
3.7.3 Violência sexual.....	29
3.7.4 Violência patrimonial.....	29
3.7.5 Violência moral.....	31
4. CONSTITUCIONALIDADE E CONVENIÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA	32
4.1 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PERANTE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	33
4.1.1 Igualdade formal e igualdade material.....	34
4.1.2 Justificativas para o tratamento diferenciado.....	36
4.2 COMPETÊNCIA TRANSITÓRIA DAS VARAS CRIMINAIS.....	39
4.3 INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/1995.....	41
4.3.1 Lesão corporal.....	47

4.4 RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO.....	54
4.5 PRISÃO PREVENTIVA.....	60
5. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	67
6 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	74
ANEXOS.....	80
ANEXO 1 – NATUREZA DA AÇÃO PENAL PARA OS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE E CULPOSA.....	80
ANEXO 2 – DECISÕES DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA.....	82

RESUMO

A sanção presidencial à Lei nº 11.340/2006, promulgada em razão da luta pessoal de uma cidadã brasileira, chamada Maria da Penha Maia Fernandes, após ter sido vítima de uma tragédia decorrente da violência doméstica e familiar trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a mais importante resposta aos compromissos internacionais firmados por tratados e convenções a mais de dez anos e, principalmente, um remédio à milhares de mulheres brasileiras vítimas de agressões físicas, morais e psicológicas perpetradas no ambiente familiar. Com a legislação, vieram também inúmeros questionamentos, de modo que se faz necessário se debruçar sobre o tema para analisar a questão. O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar o âmbito de abrangência da respectiva lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como a sua constitucionalidade e conveniência. Pretende analisar os conceitos trazidos pela novel legislação, além dos debates que com ela advieram e, a partir daí, analisar os argumentos utilizados por alguns doutrinadores para sustentar a inconstitucionalidade e inconveniência da referida lei. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias, objetivando, dessa forma, constatar se a lei em questão, denominada Lei Maria da Penha, é ou não constitucional.

Palavras-chave: violência doméstica e familiar; lei Maria da Penha; violência contra a mulher; constitucionalidade; conveniência.

1 INTRODUÇÃO

A questão da violência doméstica e familiar contra a mulher sempre recebeu tratamento negligente e, até mesmo, descompromissado por parte do Estado, sob o argumento popular de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, uma vez que até o advento da Lei 11.340/2006, permitia que os crimes de lesão corporal e ameaça, cometidos no âmbito familiar, fossem objeto de transação penal mediante aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9099/95), trazendo ao agressor sensação de impunidade e, conseqüentemente, estimulando a prática de novos atos de violência.

Com a entrada em vigor da Lei conhecida como Maria da Penha, um tratamento mais rigoroso veio abranger os delitos praticados no seio familiar, trazendo com isso certo alívio às inúmeras mulheres, vítimas da violência doméstica.

Entretanto, opiniões e decisões judiciais defendendo a inconstitucionalidade da lei citada começaram a ser divulgadas, acarretando preocupação e certo temor da sociedade em relação a violência doméstica.

A violência no âmbito familiar é fato extremamente comum no dia-a-dia de muitas famílias e que traz consigo sérios danos à sociedade, pois a vítima não é apenas a mulher constantemente agredida, mas seus filhos, futuros cidadãos, que vivem em ambiente no qual a violência, seja moral ou física, torna-se fato comum, tratado com normalidade, o que não se pode admitir.

Para compreender a Lei Maria da Penha será necessário estudar, ainda que brevemente, a história da mulher, a qual, desde os primórdios, sempre foi subjugada a um modelo patriarcal, ora sob os mandos do pai e depois de casada, sob os mandos do marido.

Apesar das diversas conquistas feministas, ainda subsistem as conseqüências advindas de um modelo familiar patriarcal. Ainda nos dias atuais a mulher possui maiores dificuldades para conquistar seu lugar no mercado de trabalho e nos espaços públicos; ainda hoje sofrem discriminação nos salários e são minoria nos cargos de direção e poder; continuam na luta para provar sua competência e capacidade nas suas conquistas.

Até mesmo no lar, local onde esperam amor, doçura e sossego, continuam sendo agredidas, moral e fisicamente por seus ditos afetos.

Não raras vezes vão às portas do Judiciário solicitar auxílio, o que formalmente sempre lhes foi garantido, todavia, quando retornam para suas casas, novos atos de agressão são perpetrados e a sensação de impunidade e medo de denunciar prevalecem.

A vigência da referida lei deveria ter sido muito comemorada e foi, pois é resultado de anos de sofrimento e luta de muitas mulheres agredidas. Entretanto, dita lei tem sido objeto de críticas, levando alguns tribunais a declará-la inconstitucional, forçando o atual Presidente da República a impetrar Ação Declaratória de Constitucionalidade, para impedir que a lei deixe de ser aplicada.

Dessa forma, diante da gravidade da situação, é de suma importância que os estudiosos do direito se debrucem sobre a questão a fim de dirimir de forma célere a controvérsia existente sobre a constitucionalidade da Lei.

E esse é objetivo do presente trabalho monográfico, ou seja, aprofundar os estudos da Lei 11.340/2006, com o escopo de demonstrar a sua constitucionalidade e conveniência.

Analisar se o tratamento dado pela Lei Maria da Penha à mulher, vítima de agressão doméstica, em detrimento do homem, em igual situação, infringe ou não o princípio da isonomia previsto no artigo 5º, da Constituição Federal Brasileira.

Além disso, verificar se a Lei 11.340/2006 afronta o disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, o qual prevê a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para processamento e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, já que o artigo 41, da Lei em questão, veda a aplicação da Lei 9099/95 à violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como analisar o reflexo desse afastamento frente aos delitos de lesão corporal leve.

Outro ponto muito debatido na doutrina, motivo pelo qual merece ser objeto de estudo, diz respeito a previsão legislativa no sentido de possibilitar a retratação da vítima até o recebimento da denúncia.

Também de suma importância a análise da prisão preventiva prevista na novel legislação, a qual também é taxada por alguns de norma inconstitucional.

De qualquer modo, ainda que a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha seja sustentada por uma minoria, com a intenção de contribuir com o debate deste tema polêmico, mas tão importante, não apenas à comunidade jurídica, como também à sociedade, é de extrema importância o desenvolvimento deste estudo, o qual apresentará as inovações trazidas pela lei, abordará a questão da igualdade entre homens e mulheres, seus conceitos e implicações, demonstrará a hipossuficiência da mulher frente ao homem, além de trazer justificativas para que a Lei 11.340/2006 seja reconhecida como constitucional e seja efetivamente aplicada.

2 COMO E PORQUE SURTIU A LEI MARIA DA PENHA

2.1 PRECONCEITO HISTÓRICO SOFRIDO PELA MULHER

Para compreender a Lei denominada Maria da Penha, se mostra indispensável repassar, ainda que de forma breve, a trajetória do feminino ao longo da história.

Fatores históricos, culturais e religiosos contribuíram para consolidar o dogma da superioridade masculina. Em contrapartida, a mulher sempre foi inferiorizada.

Leda Maria Hermann¹ explica brilhante e detalhadamente o caminho percorrido pela mulher, desde as diferenças biológicas entre o feminino e o masculino, até as diferenças que persistem nos dias atuais como resultado desse caminho percorrido.

Segundo a autora, as sociedades primitivas estavam, comprovadamente, ligadas à intervenção positiva da mulher, a qual exercia o poder político (matriarcal) objetivando o respeito, a integração com a natureza, à solução mediada e consensual dos conflitos e à espiritualidade. O modo de vida nessas sociedades era prazeroso e harmônico².

Diante da necessidade de ampliação da posse de terras, grandes caçadas e lutas foram necessárias e com isso, a hegemonia masculina foi se instalando, porquanto essas tarefas exigiam força, resistência e agressividade, atributos naturais do gênero masculino.

E assim, a harmonia existente nas sociedades matriarcais cedeu lugar à separação entre homens e mulheres, as quais passaram a ocupar o espaço recluso

¹ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007.

² *Ibidem*, p. 16.

da casa, enquanto os homens assumiram o domínio público. Iniciou-se a violência nas relações de gênero.

Na civilização cristã também sempre houve inferiorização da mulher, tanto que no Livro de Gênesis, Eva foi a protagonista e a responsável pela privação da humanidade das delícias do paraíso. Nos Livros do Antigo Testamento, inúmeras são as passagens pregando a poligamia e a submissão da mulher, reservando-lhes algum mérito somente em relação à fertilidade. No Novo Testamento não foi diferente. Os Provérbios ensinam que a mentira e a mulher nasceram no mesmo dia e suas palavras não valem um alfinete³.

Na Idade Média as mulheres foram perseguidas, condenadas por bruxaria e queimadas nas fogueiras. Para a mitologia grega, foi a imprudência de Pandora que, ao abrir a caixa, encheu o mundo de desgraças. Na Idade Moderna, bruxas e rainhas más aparecem nos contos infantis e as princesas figuram como seres frágeis, cuja felicidade somente é alcançada ao lado do príncipe encanado⁴.

Portanto, desde a Antiguidade a mulher vem reiteradamente sofrendo preconceito.

As filhas eram indesejadas, pois não serviam para os trabalhos pesados e, menos ainda, para dar continuidade a linhagem paterna. Os casamentos eram escolhidos pelos pais, que se obrigavam a pagar um dote ao futuro marido a título de compensação pelo encargo que estava assumindo. Assim, de submissa e obediente ao pai, com o matrimônio, a mulher passava a ser subjugada pelo marido⁵.

³ GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: a escola do mundo ao avesso. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores Ltda., 1999. p. 72.

⁴ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006, comentada artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007. p. 53.

⁵ *Ibidem*, p. 54.

Walter *apud* Maria Berenice Dias afirma que “desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, monetarizada”⁶.

Esse preconceito histórico inculcado no inconsciente coletivo das sociedades, em geral, em detrimento da mulher, é bem analisado por Maria Berenice Dias, a qual, utilizando ditados populares demonstra como eles absolveram a violência doméstica. Veja-se: “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher, “mulher gosta de apanhar”, “ele não sabe porque bate, mas ela sabe porque apanha”, “em mulher não se bate com uma flor, só com um pedaço de pau”⁷.

Desde os primórdios a mulher foi vítima da violência familiar.

Apesar disso, ao longo da história, há registros da resistência feminina comprovando a capacidade da mulher. A Rainha de Sabá, ao pôr a prova a sabedoria de Salomão; Cleópatra, Rainha do Egito, que manipulou Julio César e Marco Antonio; a Rainha Elisabeth I, da Inglaterra; Catarina da Prússia, que reinou sobre a Rússia⁸, são exemplos da resistência e competência feminina. Cite-se, ainda, Joana D’Arc, Anita Garibaldi, Chiquinha Gonzaga⁹ e muitas outras mulheres que lutaram e outras que ainda lutam como Maria da Penha, em prol da verdadeira igualdade entre os gêneros masculino e feminino.

⁶DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

⁷ *Idem*.

⁸HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006, comentada artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007. p. 55.

⁹ *Ibidem*, p. 57.

2.2 FATOS QUE ENSEJARAM A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Nesse contexto, ou seja, em busca da igualdade absoluta entre homem e mulher, surgiu a Lei 11.340, sancionada pelo Presidente da República em 07 de agosto de 2006, em cerimônia que contou com a participação de mulheres ocupando os mais relevantes cargos públicos do país, além de representantes de entidades feministas e a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima da violência doméstica, cuja tragédia pessoal sensibilizou organismos internacionais, provocando a reação do Estado brasileiro no combate à violência doméstica contra a mulher.

Como não poderia deixar de ser, a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, passou a ser conhecida como: Lei Maria da Penha.

O motivo que levou a ser “batizada” com esse nome, remonta ao ano de 1983.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto resumem bem a trágica história de Maria da Penha Maia Fernandes, símbolo do combate à violência doméstica.

No dia 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maria Fernandes, enquanto dormia foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Em razão desse tiro que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e a quarta vértebras, suportou lesões que deixaram-na paraplégica. Foi o desfecho de uma relação tumultuada, pontilhada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal. Homem de temperamento violento, sua agressividade impedia a vítima, por temor, de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal. De passado obscuro, descobriu-se, depois, que já se envolvera na prática de delitos e que possuía filho na Colômbia, fato ignorado pela ofendida. O ato foi marcado pela premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Ademais, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade, a pedido do marido. Mas as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passada pouco mais de uma semana, quando já retornara para sua casa, a vítima sofreu novo ataque do marido. Desta

feita, quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão. 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 o mentor dessa segunda agressão. Embora negasse a autoria do primeiro ataque, pretendendo simular a ocorrência de um assalto à casa onde moravam, as provas obtidas no inquérito policial o incriminavam e se revelaram suficientes para embasar a denúncia, ofertada pelo Ministério Público, no dia 28 de setembro de 1984, perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza. Alguns dados foram, aqui, decisivos. Primeiro, a prova testemunhal, constituída por empregados do casar, 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 de 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 fogo. O réu foi então pronunciado em 31 de outubro de 1986, sendo levado a júri em 04 de maio de 1991, quando foi condenado. Contra essa decisão apelou a defesa, suscitando nulidade decorrente da falha na elaboração dos quesitos. Acolhido o recurso, foi o réu submetido a novo julgamento, no dia 15 de março de 1996, quando restou condenado a pena de dez anos e seis meses de prisão. Seguiu-se novo apelo deste último julgamento, bem como recursos dirigidos aos tribunais superiores; certo que, apenas em setembro de 2002, passados, portanto, mais de 19 anos da prática do crime, foi seu autor finalmente preso¹⁰.

Importante ressaltar que as absurdas agressões praticadas contra a Sra. Fernandes em seu ambiente doméstico, a ineficácia legislativa e a morosidade da justiça não foram suficientes para o surgimento da lei em questão.

A Lei Maria da Penha surgiu como imposição da Organização do Estados Americanos (OEA) ao Brasil para que cumprisse as convenções e tratados internacionais dos quais é signatário, tanto que a ementa da referida lei faz referência à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

¹⁰CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)** comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 11/12.

2.3 O BRASIL E OS ACORDOS INTERNACIONAIS: CEDAW E CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ

A fim de combater a violência doméstica o Brasil firmou acordos internacionais.

O primeiro passo foi a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - CEDAW*)¹¹, em 1º de fevereiro de 1984, com reservas a alguns dispositivos (art. 15, §14 e 16, §1º, alíneas “a”, “c”, “g” e “h”), por meio do Decreto legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, promulgado pelo Decreto legislativo nº 89.640, de 20 de março de 1984.

Posteriormente, tendo em vista o reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, da igualdade entre homens e mulheres, notadamente na relação conjugal, o governo brasileiro retirou as reservas, ratificando o texto plenamente, por meio do Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, promulgado pelo Decreto nº 4377, de 13 de setembro de 2002.

Para dirimir a desigualdade de gênero a Convenção assinalou em seu preâmbulo 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”¹².

Reconheceu, ainda, que:

a discriminação da mulher viola os princípios da igualdade de direito 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 de bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço ao seu país e à humanidade¹³.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.cfemea.org.br/pdf/D4377.pdf>. Acesso em 22.04.08.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

O segundo passo dado pelo Brasil foi ratificar a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, a qual foi adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 06 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995¹⁴.

O tratado complementa a CEDAW e reconhece que a violência contra a mulher constitui uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Seu texto contempla 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”¹⁵, concluindo que:

a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar toda a 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-las¹⁶.

Também significou importante avanço a ratificação pelo Brasil, do Protocolo Facultativo à CEDAW, em 28 de junho de 2002¹⁷, o qual em seu artigo 2º, possibilita a realização de denúncias individuais.

Art. 2º. 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 desse 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 consentimento¹⁸.

Foi esse mecanismo adicional permitiu que o caso de Maria da Penha Maia Fernandes ganhasse repercussão internacional.

¹⁴BRASIL. Decreto Legislativo nº 107, de 31/08/95. Promulgação: Decreto legislativo nº 1973 de 30/08/02.

¹⁵ORGANIZAÇÃO 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>. Acesso em 22.04.08.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷BRASIL. Decreto legislativo nº 107, de 06/06/02. Promulgação: Decreto legislativo nº 4.316 de 30/07/02.

¹⁸ *Idem*.

2.4 TRÂMITE PERANTE A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS – CASO Nº 12.051/OES: MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES

Entre a prática da dupla tentativa de homicídio e a prisão do agressor da Sra. Fernandes transcorreram dezenove anos e seis meses.

Diante desse fato, em 10 de agosto de 1998, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CADEM), juntamente com a vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direito Humanos, órgão da OEA, responsável pela análise de comunicações de violação de acordos internacionais, o que levou a publicação, em 16 de abril de 2001, do Relatório nº 54/2001.

Nesse relatório é realizada profunda análise do fato denunciado, bem como são apontadas falhas cometidas pelo Brasil, na qualidade de Estado Parte da Convenção Americana e da Convenção de Belém do Pará.

Assim constou no relatório:

(...) 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 do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. [...] 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 da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violência inflingida¹⁹.

O Relatório da OEA impôs ao Estado brasileiro o pagamento de uma indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizando-o por negligência e omissão em relação à violência doméstica e

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2000). Relatório nº 54/01. Caso 12.051: Maria da Penha Maia Fernandes. 04.04.2001.

recomendou a adoção de várias medidas, entre elas: “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”.

Importante consignar também a posição assumida pelo Brasil no caso Maria da Penha, que simplesmente se omitiu ao ser indagado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em 19 de outubro de 1998, a Comissão solicitou informações ao Estado. Em 04 de agosto de 1999 reiterou o pedido, já que não obteve qualquer resposta. Novamente, sem sucesso, tornou a requerer informações em 07 de agosto de 2000, quando, diante da inércia brasileira, aplicou o disposto no artigo 39 do Regulamento da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, presumindo-se verdadeiros os fatos narrados na denúncia.

Em conformidade com o artigo 51, do Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), em março de 2001 enviou o relatório ao Estado brasileiro determinando cumprimento das recomendações no prazo de um mês.

Novamente, demonstrando total descaso com a situação, o Brasil não se manifestou, razão pela qual a Comissão Interamericana tornou público o relatório, aplicando o artigo 51.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Após muita luta de Maria da Penha, com o apoio da CEJIL, CLADEM e Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, surgiu a Lei 11.340/2006, cujo escopo é dar um basta à violência doméstica, tornando efetiva e absoluta a igualdade entre homens e mulheres.

Maria da Penha Maia Fernandes, em reportagem publicada na *Internet* em artigo intitulado “Um caso exemplar”, elaborado por Angela Santos, assim afirmou:

Para mim foi muitíssimo importante denunciar a agressão, porque ficou registrado internacionalmente, através do meu caso, que eram inúmeras as vítimas do machismo e da falta de compromisso do Estado para acabar com a impunidade. Me senti recompensada por todos os momentos nos quais, mesmo morrendo de vergonha, expunha minha indignação e pedia justiça para meu caso não ser esquecido²⁰.

Atualmente, Maria da Penha conta com 63 anos de idade e é uma das coordenadoras da Associação dos Parentes e Amigos de Vítimas de Violência, com sede em Fortaleza.

Segundo ela, passar da condição de vítima para a de protagonista “foi uma luta muito difícil”²¹.

Afirma Maria da Penha que “em 1994, publiquei o livro *Sobrevivi...Posso Contar*, que considero minha carta de alforria, pois foi através dele que meu caso passou a ser algo concreto, palpável em relação aos casos de violência doméstica”²².

Os passos dados por Maria da Penha na divulgação das agressões que sofreu, abriu caminho para que outras denúncias sejam feitas e atitudes efetivas sejam tomadas com o fim de erradicar definitivamente a violência contra mulher no âmbito familiar, notadamente em relação à cultura discriminatória disseminada pela sociedade e suas respectivas instituições.

Chegou o momento de dar um basta à desigualdade de gênero.

²⁰ SANTOS, Ângela. **Um caso exemplar**. Disponível em http://www.mulheresnobreasil.org.br/pdf/PMB_Cap8_Reportagem.pdf. Acesso em 22.04.08.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

3. ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra mulher, com fundamento no §8º, do artigo 226 da Constituição Federal, além de tratados internacionais já citados e dispõe sobre outras providências, de modo que antes de analisar a questão relativa a inconstitucionalidade da lei sustentada por alguns, se faz necessário compreender, primeiramente, seu âmbito de abrangência, ou seja, delimitar o que é violência doméstica e as formas como pode ocorrer, o que é unidade doméstica e família e os sujeitos dessa violência.

3.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, promotora de justiça em Maceió (AL), em trabalho publicado na *Internet*, explica o conceito de violência.

Violência, em seu significado mais freqüente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual, para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma forma de violação dos direitos essenciais do ser humano.²³

Já a violência de gênero é um termo utilizado para demonstrar e sistematizar as desigualdades existentes entre mulheres e homens. Trata-se de violência decorrente de uma relação de dominação do homem e de submissão da mulher.

Segundo a promotora, a violência de gênero, nada mais é, do que o reflexo dos papéis impostos aos homens e mulheres ao longo da história em decorrência do patriarcado e sua ideologia, indicando que “a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas.”²⁴

²³CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **A violência doméstica como violação dos direitos humanos**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>. Acesso em: 22.04.08.

²⁴ Idem.

Portanto, a violência de gênero é aquela violência praticada contra pessoa do sexo feminino motivada apenas e simplesmente pela condição de ser mulher.

3.2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica diferencia-se da violência “comum” pela “especial” característica de ser cometida no lar, na unidade doméstica e por pessoas, cujo ato, a vítima jamais imaginaria que pudesse praticar: um membro da família que vive com a vítima, podendo ser homem, mulher, criança, adulto, adolescente ou idoso.

Portanto, a violência doméstica tanto pode ser praticada contra o gênero feminino ou masculino. Ressalte-se, todavia que os principais alvos são mulheres e crianças.²⁵

A Lei 11.340/2006 prevê a violência doméstica praticada exclusivamente contra a mulher.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, comentando a referida lei, conceituam 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”²⁶.

A própria lei, no artigo 5º, define o que é violência doméstica, bem como identifica suas formas (artigo 7º).

Para Maria Berenice Dias essa iniciativa do legislador no sentido de consignar expressamente o conceito de violência doméstica, apesar de não ser adequada, pois a lei não deve definir conceitos, tem caráter pedagógico, já que as pessoas não possuem consciência social sobre o tema violência.²⁷

Assim dispõe o *caput* do artigo 5º da Lei Maria da Penha:

“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, dano moral ou patrimonial (...).”²⁸

²⁵CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **A violência doméstica como violação dos direitos humanos**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>. Acesso em: 22.04.08.

²⁶CUNHA, Rodrigo Sanches e Ronaldo Batista Pinto. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

²⁷DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

²⁸BRASIL. Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006.

Nos incisos I à III, do dispositivo transcrito, o legislador estabelece o âmbito em que a violência doméstica poderá ocorrer, tema que será abordado nos tópicos seguintes.

Guilherme de Souza Nucci critica o conceito legal de violência doméstica, taxando-o de “lamentável, uma norma mal redigida e extremamente aberta.”²⁹

Afirma, ainda, que “pela interpretação literal da lei, qualquer crime contra a mulher seria violência doméstica e familiar, uma vez que lhe causa, no mínimo, sofrimento psicológico.”³⁰

No mesmo sentido de Nucci, manifesta-se Marcelo Lessa Bastos afirmando que:

(...) o elastério conceitual de que se valeram os arts. 5º e 7º, ao definirem o âmbito de incidência da Lei, permitiram a formulação de juízos de adequação excessivamente abertos, vagos e imprecisos e, portanto, contrários à idéia de segurança jurídica que deve nortear do Direito Penal.³¹

Apesar das críticas, o risco da interpretação ampla, não existe, porquanto a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “f”, parte final, do Código Penal³² restringe a violência contra a mulher na forma da lei específica, de modo que, somente a violência praticada contra o gênero feminino e em razão do convívio familiar ou afetivo é que leva o aumento da pena.

Na verdade, para se alcançar o conceito de violência doméstica e familiar, deve-se conjugar a norma do artigo 5º da lei em questão e a do artigo 7º, que prevê as formas de violência. Assim, violência doméstica é qualquer das ações arroladas no artigo 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticada contra a mulher, em razão de vínculo de natureza familiar ou afetivo.³³

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.863.

³⁰ *Idem*.

³¹ BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: Lei “Maria da Penha”**, Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

³² Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

³³ MISAKA, Marcelo Yuki. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: em busca do seu conceito. Caxias do Sul: *Juris Plenum*, 2007. p. 85.

3.3 SUJEITOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O sujeito ativo poderá ser tanto um homem como outra mulher, desde que reste configurado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, posto que a intenção do legislador é priorizar a proteção da violência doméstica contra a mulher, independentemente do gênero do agressor.³⁴

Quanto ao sujeito passivo, exige a lei uma qualidade especial. No dizer de Jayme Walmer de Freitas: ser mulher.³⁵

Nesse conceito se enquadram além das esposas, companheiras, mães, sogras, avós e netas, as lésbicas, as transexuais e as travestis³⁶. Enfim, qualquer mulher que seja vítima da violência no âmbito doméstico e familiar.

Há que se observar, contudo, o disposto no artigo 44 da Lei Maria da Penha, que acrescentou ao delito de lesão corporal, previsto no artigo 129, §9º do Código Penal, o aumento da pena, se o delito for cometido contra pessoa portadora de deficiência, permitindo, nesse caso, e unicamente nesse caso, que o sujeito não seja necessariamente mulher, bastando que seja portador de deficiência.

3.4 UNIDADE DOMÉSTICA

O artigo 5º, inciso I, da Lei 11.340/2006 estabelece que será considerada violência doméstica àquela que cometida no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas.

³⁴SOUZA, Sergio Ricardo. **Comentário à Lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11340/2006**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 47.

³⁵FREITAS, Jayme Walmer de. **Impressões objetivas sobre a lei de violência doméstica**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/23804/3>. Acesso em 22.04.08.

³⁶DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

Compreende, desse modo, a violência praticada no espaço caseiro, cujo agressor mantém vínculo familiar, incluindo, inclusive, os agregados integrantes dessa unidade familiar.

Segundo Fabio da Mota Alves:

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 relação de emprego doméstico.³⁷

Nesse ponto, há que se citar Damásio de Jesus e Hermelino de Oliveira Santos³⁸ que fazem uma distinção entre a “diarista”, a empregada que trabalha diariamente, mas não mora no emprego e aquela que trabalha e mora na residência da família.

Para referidos autores, a primeira não está protegida pela lei, já que não pode ser considerada como membro da família.

Quanto a segunda, para aplicação da lei será necessário verificar a sua efetiva participação no ambiente familiar.

Por fim, àquela que mora na residência da família, em razão de sua convivência, deve ser considerada como integrante da família, e, conseqüentemente, receptora da Lei Maria da Penha.

A mulher agredida no âmbito da unidade doméstica deve fazer parte dessa relação doméstica e familiar. “Não seria lógico que qualquer mulher, bastando estar na casa de alguém, onde há relação doméstica entre terceiro, se agredida fosse, gerasse a aplicação da agravante trazida pela Lei Maria da Penha.”³⁹

³⁷ ALVES, Fabio da Mota. **Lei Maria da Penha**: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>> Acesso em 22.04.08.

³⁸ JESUS, Damásio de; SANTOS, Hermelino de Oliveira. **A empregada doméstica e a Lei Maria da Penha**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2006. Disponível em: www.damasio.com.br. Acesso em: 22.04.08.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 864.

3.5 FAMÍLIA

Pela primeira vez o legislador trouxe expressamente o conceito de família ao estabelecer no artigo 5º, inciso II, da Lei 11.340/2006 que responderá nos termos da lei aquele que praticar violência doméstica contra mulher: “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.”⁴⁰

Trata-se um conceito inovador do que seja família, trazendo certamente uma evolução para o direito e isso, porque o conceito normativo permite que se reconheça como entidade familiar um casal de mulheres, as quais se consideram aparentadas, unidas por vontade expressa.

O legislador deu um passo a frente e assim deve ser, pois “a noção de família como núcleo de afetividade e base da sociedade deve se encarada, como de fato é, como um fator cultural. E, dessa maneira, a legislação deve acompanhar a evolução da sociedade e, conseqüente, dos arranjos familiares”⁴¹.

Assim, pode-se dizer que andou bem a Lei 11.340/2006 ao estabelecer conceito abrangente de família.

Diante da nova definição, além da família constituída pelo casamento, pela união estável e a família monoparental, trouxe ao abrigo da lei outros modelos familiares, como as famílias anaparentais (formada entre irmãos), as homoafetivas e as famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias).

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

⁴¹ RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo e SARAIVA, Rodrigo Viana. **A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família.** Disponível em www.jusnavigandi.com.br. Acesso em 22.04.08.

3.6 RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO

O inciso III, do artigo 5º, da Lei em comento protege a violência decorrente de “relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”⁴².

O dispositivo em questão diz respeito às vítimas em relação a agressores com quem tiveram relacionamento familiar, como ex-maridos e ex-companheiros.

Entretanto, o legislador abarcou também as relações de namorados ou noivos ao consignar no dispositivo que a relação independe de coabitação.

O dispositivo é criticado sob o argumento de que identifica como violência doméstica qualquer relação “inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor, etc.”⁴³

Guilherme de Souza Nucci afirma:

Creemos ser inaplicável o dispositivo 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, prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido ‘dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, 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 da coabitação. Ora, se agressor e vítima são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do dispositivo no inciso III.⁴⁴

Em contrapartida, Maria Berenice Dias defende que:

Diante desta nova realidade, não há como restringir o alcance da previsão legal. Vínculos afetivos que refogem ao conceito de família e de entidade familiar nem por isso deixam de ser marcados pela violência. Assim, namorados e noivo, mesmo que não vivam sob o mesmo teto, mas

⁴² BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

⁴³ CUNHA, Rodrigo Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 865.

resultando a situação de violência do relacionamento, faz com que a mulher mereça o abrigo da Lei Maria da Penha.⁴⁵

3.7 ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA

No artigo 7º da Lei Maria da Penha encontra-se a definição das formas ou espécies de violência doméstica e familiar.

Trata-se de um rol exemplificativo, já que contém a expressão ‘entre outras’, podendo ocorrer situações outras que também configurem violência doméstica.

Segundo Leda Maria Hermann⁴⁶ não possuem objetivo criminalizador, ou seja, não criam tipos penais, apenas indicam circunstâncias que ensejam violência doméstica e, conseqüentemente, autorizam a aplicação da lei Maria da Penha.

3.7.1 Violência Física

O artigo 7º, inciso I, da Lei em comento, considera violência física, aquela entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade física da mulher. Desse modo, além da utilização da força, “mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras, etc”⁴⁷, àquele que praticar condutas que ofendam também a saúde corporal da mulher, incidirão na prática do crime de violência doméstica como, por exemplo, por meio de conduta omissiva, “no sentido de privação de alimentos, cuidados indispensáveis e tratamento

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

⁴⁶ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2007. p. 105.

⁴⁷ CUNHA, Rodrigo Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

médico/medicamentoso a mulher doente ou de qualquer forma fragilizada em sua saúde⁴⁸.

3.7.2 Violência psicológica

A violência psicológica vem estampada no inciso II, do artigo 7º da Lei 11.340/2006 e assim preconiza:

(...) II. a violência psicológica, assim 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 prejuízos à saúde psicológica e à autodeterminação⁴⁹.

Trata-se de violação ao direito fundamental à liberdade, pois por meio de ameaças, insultos, chantagens o agressor leva à vítima a um isolamento social forçado. De forma lenta e intermitente, destrói a auto-estima da vítima reduzindo sua capacidade de resistência e autodeterminação⁵⁰.

Não raras são as vezes em que a violência moral é tão ou mais prejudicial que a violência física, pois apesar de não deixar marcas visíveis, emocionalmente, “causa cicatrizes indeléveis para toda a vida”⁵¹.

Para configuração do dano psicológico não é obrigatória a realização de exame pericial, sendo suficiente que o juiz reconheça a ocorrência da violência para autorizar a aplicação de medidas protetivas⁵².

⁴⁸ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006, comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2007. p.108.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

⁵⁰ *Ibidem*, p.109.

⁵¹ CAVALCANTI, Stela Soares de Farias. **A violência doméstica como violação aos direitos humanos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>>. Acesso em: 22.04.08.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.48.

3.7.3 Violência sexual

Como não poderia deixar de ser, uma vez que a violência sexual foi reconhecida como violência contra a mulher na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher – Convenção de Belém do Pará, a Lei 11.340/2006 também prevê em seu artigo 7º, inciso III, a violência sexual como forma de violência doméstica, o que foi admitido com certa resistência, pois a tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como obrigação decorrente dos deveres do casamento, permitindo, dessa forma, que a insistência masculina fosse considerada como o exercício regular de um direito⁵³.

Trata-se esse dispositivo da mais ampla proteção declarada em lei no que diz respeito aos direitos sexuais e ou reprodutivos da mulher, pois além de coibir condutas sexuais que levem a prática sexual indesejada por ela, na parte final do dispositivo, ao consignar “qualquer conduta que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos” o legislador protege o direito da mulher, notadamente a adulta, de manter relações sexuais quando, com quem e com quantos parceiros desejar, bem assim de escolher e decidir o momento de gerar filhos.⁵⁴

3.7.4 Violência patrimonial

A Lei Maria da Penha reconhece como violência patrimonial o ato de reter, subtrair e destruir total ou parcialmente objetos, instrumentos de trabalho,

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.48.

⁵⁴ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006, comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2007. p.109.

documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados à suas necessidades (Art. 7º, IV).

Portanto, além dos bens economicamente relevantes, a lei insere no contexto de patrimônio àqueles objetos de valor afetivo e uso pessoal.

Essa espécie de violência configura, na maioria das vezes, uma forma de manipular a liberdade da mulher, principalmente quando ela decide romper o ciclo de violência. Assim, como forma de vingança ou como um instrumento para obrigá-la a permanecer na relação, o agressor priva sua vítima de seus bens.⁵⁵

Note-se que a violência patrimonial prevista na Lei Maria da Penha encontra tipificação definida no Código Penal entre os delitos contra o patrimônio como o furto (CP, art. 155), dano (CP, art. 163), apropriação (CP, art. 168), etc, permitindo-se concluir que tais condutas estariam protegidas pelas imunidades previstas nos artigos 181 e 182, ambos do Código Penal.

Entretanto, a partir da nova definição de violência doméstica, que prevê agressão patrimonial como forma de violência doméstica contra a mulher, essas imunidades, sejam elas absolutas ou relativas, não se aplicam quando a vítima for mulher e com o agressor mantiver relação familiar.⁵⁶

A contrário senso, Guilherme de Souza Nucci, questiona a utilidade do dispositivo justamente porque entende que são aplicáveis as imunidades antes referidas, o que implica dizer que praticando violência patrimonial contra a mulher o agressor estaria isento de pena, sendo, desse modo, inútil a disposição normativa em questão.

⁵⁵ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006, comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2007. p.109.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

Assim se manifesta o autor: “Lembremos que há as imunidades (absoluta ou relativa) fixada pelos arts. 181 e 182 do Código Penal, nos casos de delitos patrimoniais não violentos no âmbito familiar”⁵⁷.

Contudo, há que prevalecer o posicionamento de que as imunidades não se aplicam, pois esta é a intenção do legislador ao trazer tratamento diferenciado à mulher, da mesma forma como fez no Estatuto do Idoso, de forma expressa, ao prever no artigo 95 que: “Os crimes definidos nesta lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal”⁵⁸, sem que isso implique em desrespeito ao princípio constitucional da isonomia, tema que será abordado em tópico próprio.

3.7.5 Violência Moral

A violência moral consiste na desmoralização da mulher e ocorre, normalmente, de forma concomitante com a violência psicológica.

Nos termos do artigo 7º, inciso V, da Lei Maria da Penha ocorre sempre que é imputada à mulher conduta que configura calúnia, difamação ou injúria, tipificadas como crime, respectivamente nos artigos 138, 139 e 140, todos do Código Penal.

Assim, quando os referidos delitos forem praticados contra a mulher, no âmbito familiar ou da relação afetiva, o reconhecimento da violência como doméstica é medida que se impõe, de forma que deverá incidir o agravamento da pena, previsto no artigo 61, inciso II, alínea f do Código Penal.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 867.

⁵⁸BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em 22.04.08.

4. CONSTITUCIONALIDADE E CONVENIÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Conhecidos os conceitos trazidos pela lei de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como seu âmbito de abrangência, é possível compreender e analisar a questão relativa a sua constitucionalidade.

Apesar de ter sido comemorada por muitos, desde sua entrada em vigor, a Lei 11.340/2006 vem sendo alvo de muitas críticas, ora sendo taxada de inconstitucional, ora de inconveniente por conter expressões inapropriadas.

Aqueles que sustentam a sua inconstitucionalidade argumentam que a lei fere o princípio da isonomia previsto na Carta Constitucional, pois estabelece tratamento diferenciado às mulheres em relação aos homens.⁵⁹

Também se afirma que o artigo 41, da Lei Maria da Penha, que veda a aplicação da Lei 9.099/1995, é inconstitucional. Primeiro, porque no mesmo contexto fático, a agressão praticada contra pessoa de um sexo ou de outro gera conseqüências diversas: para um aplicando-se a Lei dos Juizados Criminais e para outro, as normas previstas na Lei 11.340/2006.⁶⁰ E, segundo, por afrontar o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, que prevê competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para processar e julgar delitos de menor potencial ofensivo.⁶¹

Também é taxado de inconstitucional o artigo 33, da Lei 11.340/2006 por versar matéria de organização judiciária, o que contraria o artigo 125, §1º, da

⁵⁹ SANTIN, Valter Foletto. **Igualdade Constitucional na Violência Doméstica**. Disponível em <http://www.apmp.com.br/juridico/santin> Acesso em 22.04.08 e CAMPOS, Roberta Toledo. **Aspectos Constitucionais e Penais Significativos da Lei Maria da Penha**. Disponível em <http://www.blogdolfg.com.br>. Acesso em 22.04.08.

⁶⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em 22.04.08.

⁶¹ Enunciado nº 82 do Encontro de Juizes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro.

Constituição Federal, que determina competência legislativa estadual para dispor sobre organização judiciária.⁶²

Outras impropriedades técnicas são apontadas como a utilização do termo “Juizados” ao invés de Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; a utilização do termo “agressor”, por ferir o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII)⁶³; bem como a utilização do termo “renúncia”, quando o correto seria “retratação” da representação.⁶⁴

Alega-se, ainda, a inconstitucionalidade do artigo 42, da Lei Maria da Penha, o qual traz uma nova modalidade de prisão preventiva.

Enfim, inúmeras são as críticas e não raras são as decisões judiciais declarando, por meio de controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da lei, razão porque se faz necessário o estudo do tema, a fim de afastar quaisquer dúvidas quanto a sua constitucionalidade e conveniência, impondo, dessa forma, sua efetiva aplicação aos casos concretos.

4.1 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PERANTE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A principal alegação contrária a Lei 11.340/2006 é a de que seria inconstitucional por afrontar o princípio da igualdade, na medida em que proporciona tratamento diferenciado aos homens e mulheres, vítimas de violência doméstica, em razão exclusivamente do sexo.

⁶²CUNHA, Rodrigo Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116 e Enunciado nº 86 do Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro.

⁶³BARBAGALO, Fernando Brandini. **Dois impropriedades técnicas da Lei de Proteção à Mulher**: Lei nº 11.340/2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8913>>. Acesso em 22.04.08.

⁶⁴BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher – Lei “Maria da Penha”** – Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

Se a vítima da violência doméstica for do sexo masculino e o delito for considerado de menor potencial ofensivo, será analisado sob o enfoque da Lei 9.099/1995. Em contrapartida, sendo agredida uma mulher, o julgamento será realizado com o rigor da Lei 11.340/2006.⁶⁵

Nessa linha é o pensar de Valter Foletto Santin:

Como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura 'politicamente correta', a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a um 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 em cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina.⁶⁶

Essa tese, contudo, não pode prosperar, pois tem fundamento apenas no aspecto formal do princípio isonômico, ignorando o conteúdo jurídico material do princípio utilizado como fundamento da alegada inconstitucionalidade. Por isso, há que se fazer a distinção entre igualdade formal e igualdade material.

4.1.1 Igualdade formal e Igualdade material

A Constituição Federal estabelece no *caput* do artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”⁶⁷

Trata-se de igualdade formal, no sentido de que as normas devem ser elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos, sem levar em conta as distinções de grupos. “É que a igualdade constitui o signo da democracia”⁶⁸, não admitindo privilégios ou distinções.

Entretanto, a interpretação não pode ser estreita, deve sim ser analisada em conjugação com outras normas constitucionais que buscam igualar os desiguais por

⁶⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Da constitucionalidade e conveniência da Lei Maria da Penha**. Disponível em COMPLETAR

⁶⁶ SANTIN, Valter Santin. **Igualdade Constitucional na Violência Doméstica**. Disponível em www.ibccrim.org.br. Acesso em 22.04.08.

⁶⁷ BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso Direito Constitucional Positivo**. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. 214.

meio de outorga de direitos sociais substanciais, ou seja, em busca da igualdade material.

E isso porque:

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limita ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também a igualdade material entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e a qualquer forma de discriminação.⁶⁹

Portanto, a previsão contida no inciso I, do artigo 5º, de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, deve receber tratamento baseado em ideais de justiça, ou seja, isonomia material, buscando sempre igualar quem se encontra em situação de desigualdade.

Aristóteles *apud* Willian Lofy já ensinava que “a verdadeira igualdade, ou seja, aquela que almeja a dignidade da pessoa humana, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.⁷⁰

Alexandre Moraes manifesta-se da seguinte forma ao comentar o inciso I, do artigo 5º da Constituição Federal:

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, XVII e XIX; 40, §§1º e 2º; 201,§7º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo⁷¹.

Segundo esse autor o que não se admite são as diferenciações arbitrárias e absurdas.

No mesmo sentido manifesta-se Maria Berenice Dias:

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 72.

⁷⁰ LOFY, Willian. **A ação afirmativa e o respeito aos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/24/2024/>. Acesso em 22.04.08.

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007. p. 34.

O que se deve atentar não é a igualdade na lei perante a lei, mas no direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe o estabelecimento de diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição Federal.⁷²

A questão das diferenças é bem explicada por Leda Maria Hermann:

(...) Ao sustentar a igualdade absoluta entre homem e mulher, desconsiderou as alteridades e não deixou espaço para a necessária composição das diferenças entre homens e mulheres. O reconhecimento das diferenças com base no sexo e no gênero é fundamento essencial no respeito às diferenças. Ser diferente não significa ser melhor ou pior, inferior ou superior. Ser diferente significa, tão só, ser exatamente o que é. Reconhecer que as diferenças existem é passo fundamental para conquistar o direito à igualdade perante a lei, já que, sabidamente, a igualdade legal consiste justamente em tratar desigualmente os desiguais⁷³.

Daí porque é possível concluir que o princípio da igualdade não só permite como exige tratamento diferenciado em determinadas situações, como no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Inúmeras são as justificativas para isso, como será visto no tópico seguinte.

4.1.2 Justificativas para tratamento diferenciado

Diversas são as justificativas para que a mulher, vítima de violência doméstica, receba tratamento específico.

Primeiramente, porque o Estado deve buscar uma isonomia material, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades, como já explicitado anteriormente.

Há que se lembrar também que a desigualdade entre homem e mulher exsurge ao longo dos séculos, pois, como é sabido, a mulher sempre foi vítima da dominação masculina, fato que por si só, já autorizaria a proteção especial.

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 74.

⁷³ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: Violência Doméstica e Familiar**. Editora Servanda. Campinas, 2007. p. 72.

É o que já ocorre com as crianças e adolescentes (ECA) e com os idosos (EI) e porque não dizer dos consumidores (CDC), os quais possuem proteção diferenciada em razão de sua hipossuficiência, mas nem por isso, tiveram seus direitos questionados. Cite-se, também, os sistemas de cotas para negros e minorias sociais, as quotas para deficientes em concursos públicos e para mulheres nas eleições.

Além do fator histórico e cultural, devem se levados em conta, os impressionantes índices de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Sabe-se que o homem pode sofrer violência doméstica, todavia, a proporção é em muito inferior a violência praticada contra as mulheres, as quais são atingidas por generalizada violência doméstica por parte dos homens. A diferença é tamanha que chega a se tornar mais fácil a mulher ser agredida pelo companheiro, do que, de forma ocasional, por um desconhecido⁷⁴.

Segundo consta no Relatório Nacional Brasileiro, a cada 15 (quinze) segundos uma mulher é agredida:

Basta constar até 15 e pronto: já passaram 15 segundos. Parece ser um lapso de tempo tão insignificante, durante o qual nada acontece, tanto que o período de 24 horas contém 5.760 vezes a fração de 15 segundos (...) isto é, a cada dia, 5.760 mulheres são espancadas no Brasil⁷⁵.

Outros dados alarmantes merecem atenção e servem como fundamento para o tratamento diferenciado entre homens e mulheres.

Segundo informações trazidas por Maria Berenice Dias:

(...) 25% das mulheres são vítimas de violência doméstica; 33% da população feminina admite já ter sofrido algum tipo de violência doméstica; em 70% das ocorrências de violência doméstica contra a mulher, o

⁷⁴BARBOSA, Andressa Wanderely de Gusmão. **A constitucionalidade da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10249> Acesso em 22.04.08.

⁷⁵DIAS, Maria Berenice Dias. **Quinze segundos**, 2002. Disponível em <http://www.pagu.org.br>. In: *Conversando sobre Justiça e os Crimes contra as Mulheres*. Acesso em: 22.04.08.

agressor é o marido ou companheiro; os maridos são responsáveis por mais de 50% dos assassinatos de mulheres e, em 80% dos casos, o assassino alega legítima defesa da honra; 1,9% do PIB brasileiro é consumido no tratamento de vítimas da violência doméstica; 80% das mulheres que residem nas capitais e 63% das que residem no interior reagem às agressões que sofrem; 11% das mulheres foram vítimas de violência durante a gravidez e 38% delas receberam socos e pontapés na barriga; são registradas por ano 300 mil denúncias de violência doméstica.⁷⁶

Não há como deixar de concluir que a mulher se encontra em situação de vulnerabilidade, necessitando, pois, da aplicação da Lei 11.340/2006 a seu favor, como forma de equilibrar uma relação desigual, tornando efetiva e absoluta a igualdade preconizada pela Constituição Federal.

No dizer de Marcelo Lessa Bastos, a Lei:

é o resultado de uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, cuja necessidade se evidenciava urgente. Só quem não que enxergar 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 inconstitucional⁷⁷.

As ações afirmativas, também denominadas de medidas de discriminação positiva, são normas necessárias e utilizadas como forma de implementação do princípio da igualdade com o intuito de combater injustiças sociais e fazer valer o objetivo fundamental da Constituição Federal, qual seja, o de promover a construção de uma sociedade justa, livre e solidária⁷⁸. E foi para isso que veio a Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Além de todas essas justificativas, as quais já seriam suficientes para implementação da Lei Maria da Penha, há que se lembrar que ela foi criada a partir de uma condenação internacional, no sentido de que o Brasil cumpra os tratados internacionais que ratificou, os quais reconhecem a necessidade de uma maior proteção às mulheres. Assim, não há que se falar em afronta ao princípio constitucional da isonomia.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Falando em violência doméstica**. Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em 22.04.08.

⁷⁷ BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência doméstica e familiar contra a mulher** Lei “Maria da Penha” - Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

⁷⁸ OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. **Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade**. Disponível em: http://www.sbpnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo_2544.html. Acesso em 22.04.08.

4.2 COMPETÊNCIA TRANSITÓRIA DAS VARAS CRIMINAIS

O artigo 33, da Lei Maria da Penha determina competência transitória das Varas Criminais, até que sejam criadas as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Referido dispositivo é taxado de inconstitucional por alguns, por supostamente afrontar o artigo 98, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, que determina competência privativa dos Estados para dispor sobre competência.

Entende-se que, ao determinar a acumulação por uma vara criminal, de competência cível e criminal, o legislador invadiu matéria de competência exclusiva dos Tribunais, “rompendo com a regra que garante a independência entre os poderes e assegura o “auto-governo” da Magistratura”⁷⁹.

Sustenta-se que tanto a alteração da competência como a criação de novas varas (CF, art. 96, I, d) não admite ingerência por outro poder, no caso, do poder legislativo.

É de se consignar que, ao tempo da tramitação do Projeto de Lei, o Deputado Antonio Carlos Biscaia, na qualidade de membro da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) apresentou voto em separado apontando a inconstitucionalidade do artigo 33.

Também sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo, Marcelo Lessa Bastos manifesta-se afirmando que ao dispor sobre competência de juízo, invadiu o legislador competência legislativa dos Estados em matéria de organização judiciária, ressalvada pelo artigo 125, §1º, da Constituição Federal. Afirma o autor: “não há como a União descer às indiocrossias de cada Estado, para saber qual a necessidade de demanda dos órgãos jurisdicionais dos Entes Federativos”⁸⁰.

Arremata: “Inconstitucional, deste modo, o art. 33 da Lei “Maria da Penha”⁸¹.

⁷⁹ CUNHA, Rodrigo Sanches e Ronaldo Batista Pinto. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

⁸⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. . **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**: Lei “Maria da Penha”, Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_basto_s.pdf. Acesso em 22.04.08.

⁸¹ BASTOS, Marcelo Lessa. . **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**: Lei “Maria da Penha”, Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_basto_s.pdf. Acesso em 22.04.08.

Leda Maria Hermann, apesar de não entender pela inconstitucionalidade, uma vez que não implicou alteração definitiva na organização e divisão judiciárias dos Estados, entende que houve um equívoco pelo legislador. E isso porque, no dizer da autora, “implica em indesejável e impraticável acúmulo de atribuições para os Juizados Criminais”⁸², resultando, assim, na inviabilidade prática ao atendimento rápido, específico e humanizado à vítima, conforme preconizado pela legislação.

Outro ponto de inconveniência suscitado pela autora quanto a competência transitória das varas criminais diz respeito a ausência de estrutura, principalmente quanto ao assessoramento técnico como assistência social e atendimento psicológico.⁸³

Quem defende a constitucionalidade do dispositivo, afirma que compete à União legislar sobre Direito Processual, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, portanto, em atenção ao próprio princípio federativo, cabe à União fixar diretrizes gerais sobre a competência, reservando ao Estado a complementação, segundo as peculiaridades regionais.⁸⁴

Assim se posiciona Maria Berenice Dias:

Porém, não há inconstitucionalidade de lei federal definir competência. Ao assim proceder, não transborda os seus limites. Nem é a primeira vez que o legislador assim age. Situação semelhante já ocorreu quando foi afastada a incidência da Lei dos Juizados Especiais no âmbito dos crimes militares. Também a Lei 9.278/1996, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do juízo da Vara de Família⁸⁵.

Considerando que o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal determina competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual, bem como, tendo em vista os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em relação a violência doméstica e familiar contra a mulher, além do fato de que a disposição legal em questão apenas especializa a matéria, incumbindo aos Estados, por meio de suas respectivas organizações judiciária, detalhar a questão, não há que se falar em inconstitucionalidade, devendo a operacionalidade da norma ser garantida.

⁸² HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Da constitucionalidade e conveniência da Lei Maria da Penha**. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11030>>. Acesso em: 22.04.08.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 59/60.

4.3. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.009/1995

Dispõe o artigo 41, da Lei 11.340/2006: “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”.

Argumenta-se que o dispositivo transcrito seria inconstitucional por suposta ofensa ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, já que no mesmo contexto fático, como já consignado anteriormente, a agressão perpetrada contra o gênero feminino e masculino teria tratamento diferenciado.

Sustenta-se, ainda, que contraria o princípio da proporcionalidade, previsto a partir da conjugação de várias normas constitucionais, como, por exemplo, a disposta nos seguintes artigos: art. 1º, inciso III, art. 3º, inciso I, art. 5º *caput* e incisos II, XXXV, LIV, etc, uma vez que, ao afastar a aplicação dos Juizados Especiais para os delitos de menor potencial ofensivo, leva em conta o sujeito passivo do crime, no caso, a mulher, e não a gravidade do delito⁸⁶.

Ora, no que pertine ao princípio da igualdade de gênero, a questão já foi superada em tópico tratado anteriormente. Como já esclarecido, a Lei 11.340/2006 é resultado de uma ação afirmativa do Estado em favor da mulher, vítima da violência doméstica e familiar, cujo objetivo precípuo é buscar o equilíbrio, a igualdade material e absoluta entre os sexos, de modo que não se pode admitir a inconstitucionalidade do artigo em comento neste ponto. Pelas mesmas razões, pode-se dizer que houve observância da proporcionalidade.

Quanto ao argumento no sentido de que o artigo 41, da Lei Maria da Penha, é inconstitucional por afrontar o disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, que prevê a criação dos Juizados Criminais e alguns de seus institutos despenalizadores, também não deve prevalecer a alegada inconstitucionalidade.

Ao prever a criação dos Juizados Especiais Criminais, o dispositivo constitucional referido, delegou ao legislador infraconstitucional a missão de definir quais seriam as infrações de menor potencial ofensivo e, conseqüentemente, sujeitas à transação e demais institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, o que foi disposto em seu artigo 61, cuja redação foi alterada pela Lei 11.313 e 28

⁸⁶MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em 22.04.08.

de junho de 2006, passando a vigorar com a seguinte redação: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti defende que:

É absurdo dizer-se que a União, competente para legislar sobre Direito Penal e Processual (art. 22, inciso I da CF/88) não poderia criar penas diversas para situações diversas, visto que investida de competência constitucional para tanto, não havendo qualquer óbice para que fixe diversos definidores de menor potencial ofensivo, segundo regra e exceção.⁸⁷

Para Marcelo Lessa Bastos, o que se tem é

(...) 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, independentemente 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 11.340/06.⁸⁸

Argumenta, ainda o citado autor que o artigo 90-A da Lei dos Juizados Especiais, acrescentado pela Lei 9.839/99, afastou os crimes militares do âmbito dos Juizados, independentemente da pena prevista, e nem por isso a constitucionalidade da lei foi questionada.

Cita, também, dispositivos da própria Lei 9.099/95, que deslocam a competência dos delitos processados no Juizado para o Juízo Comum em razão de conexão e continência, réu não encontrado, pois não se admite citação por edital e diligências que ensejam maior complexidade. São eles: artigos 60, 66, parágrafo único e 77, parágrafo 2º, todos da Lei 9.099/95. Concluindo, assim, que se a

⁸⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Da constitucionalidade e da conveniência da **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11030>>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

⁸⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**: Lei “Maria da Penha”, alguns comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

competência dos Especiais Criminais possuíse natureza constitucional, todas essas determinações estariam em confronto com a Constituição Federal.

Em sentido totalmente oposto, manifesta-se Rômulo de Andrade Moreira, afirmando que a competência dos Juizados Especiais Criminais "é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto, ainda mais porque tem base constitucional"⁸⁹.

Quanto as modificações da competência previstas no bojo da lei dos Juizados, entende o autor que se a própria Constituição autorizou o legislador infraconstitucional a definir o que seria infração de menor potencial ofensivo, poderia também a lei estabelecer exceções à regra, observando os critérios orientadores da própria Lei 9.099/95. Conclui afirmando que a Lei 11.340/06, ao excluir a competência dos Juizados Especiais Criminais, "incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal, não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional"⁹⁰

Apesar do respeitável posicionamento do autor, há que prevalecer o entendimento de que a inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Criminais aos delitos de menor potencial ofensivo, prevista no artigo 41 da Lei Maria da Penha, quando praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é norma constitucional.

Segundo Ana Raquel Colares dos Santos, dois são os argumentos para afastar a alegação de inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006.

Primeiramente, porque tanto a Lei 11.340/06 como a Lei 9.099/95, ostentam condição de lei ordinária, o que implica dizer que, hierarquicamente, se encontram no mesmo patamar, permitindo, dessa forma, a aplicação das regras previstas na

⁸⁹MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em 22.04.08.

⁹⁰ Idem.

Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, com fundamento no artigo 2º, I, da LICC, seria possível concluir que a Lei Maria da Penha teria revogado a definição de menor potencial ofensivo.

Ou, aplicar-se-ia o artigo 2º, II, da LICC, posição adotada pela autora, no sentido de que

a Lei Maria da Pena, na verdade, estabelece disposições especiais a par das já existentes, não tendo revogado a Lei 9099/95 (com sua modificação posterior) no tocante a 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 menor potencial ofensivo, mas antes, estabeleceu tratamento diferenciado para os crimes de que trata, independentemente da pena prevista⁹¹.

Também Maria Berenice Dias se manifestou sobre a questão:

Ainda que a Constituição Federal tenha assegurado alguns privilégios aos delitos de menor potencial ofensivo (CF, art. 98, I), cabe à legislação infraconstitucional definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a Lei 9099/95, elegendo como de pequeno potencial ofensivo a lesão culposa, sem dar nova redação ao Código Penal (Lei 9099/95, art. 88). Porém, lei posterior (Lei 11.340/06), e da mesma hierarquia, excluiu deste rol a violência doméstica. Assim, quando a vítima é mulher, e o crime aconteceu no ambiente doméstico, as lesões que sofreu não mais podem ser consideradas de pouca lesividade, pois fora da égide da Lei do Juizado Especial Criminal. O agressor responde pelo delito na forma prevista na Lei Penal.⁹²

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de que a brandura da resposta penal proposta pela Lei dos Juizados Especiais Criminais⁹³ banalizou o crime praticado contra a mulher, de modo que, mesmo com as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 10.455/02, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 69 da Lei 9.099/95, permitindo aplicação de medida cautelar, de natureza penal, consistente no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica e pela Lei nº 10.886/04, que criou um subtipo de lesão corporal leve no artigo 129, do Código Penal, aumentando a pena mínima de 03 (três) para 06 (seis) meses, a violência doméstica e familiar contra a mulher continuou acumulando estatísticas e isso porque a questão continuou sob o âmbito

⁹¹ LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. **Lei Maria da Penha**: inconstitucional por quê? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10283>>. Acesso em 22.04.08.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **A violência doméstica na Justiça**. Disponível em: www.mariaberenedias.com.br. Acesso em 22.04.08.

⁹³ BRASIL. Lei 9.909, de 26 de setembro de 1995.

dos Juizados Especiais, permitindo a incidência dos institutos despenalizadores de forma indiscriminada e até mesmo, no dizer de Marcelo Lessa Bastos, “

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 e simplesmente e tão-somente para diminuir o volume de trabalho dos Juizados Especiais Criminais⁹⁴.

O autor não apenas critica a forma de atuação dos operadores do direito nos Juizados, mas também aponta exemplos, como a conclusão de que a ausência de comparecimento da vítima à audiência preliminar implica em retratação tácita da representação, conclusão que não encontra respaldo legal. Cita, ainda, a banalização da transação penal com a consagração das cestas básicas ou o valor aviltante das obrigações impostas, as quais, não raras vezes são parceladas em prestações mensais em valor muito inferior ao resultado do dano provocado pela própria infração.

Interessante é a afirmação de Janaína Paschoal para quem, “tão humilhante como buscar a punição de seu agressor e vê-lo sair vitorioso doando uma única cesta básica, muitas vezes comprada pela própria vítima, é ver o Estado desconsiderar sua vontade⁹⁵”.

E isso porque nos casos em que o crime praticado prevê ação penal pública, a mulher sequer participa da transação penal. Sua vontade é indiferente para o Estado.

As críticas quanto ao afastamento dos Juizados Especiais criminais são muitas.

Há quem diga que essa opção do legislador foi um verdadeiro retrocesso legislativo.

Em artigo publicado, Maurício e Marcelo Gonçalves Saliba explicam que

a conciliação civil permitia que o autor da agressão e a ofendida buscassem, com o auxílio de mediadores, a solução adequada para os problemas vivenciados no ambiente doméstico e familiar. A conversa entre as partes é sem dúvida alguma o único e eficaz caminho para se combater a violência, não se apresentando a punição mais severa como forma de resolução dos

⁹⁴BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: Lei “Maria da Penha”**, Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

⁹⁵PASCHOAL, Janaína; REALE, Miguel Junior. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 03.

conflitos. A violência contra a mulher não é um ponto isolado na história, mas sim fruto de processo cultural da sociedade moderna⁹⁶.

No mesmo sentido se manifestam Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini:

(...) No que concerne, entretanto, ao âmbito criminal, a opção política feita pelo legislador da Lei 11.340/2006 retrata um erro crasso. Ao abandonar o sistema consensual de Justiça (previsto na Lei 9099/1995), depositou sua fé (e vã esperança) no sistema penal conflitivo clássico (velho sistema penal retributivo). Ambos, na verdade, constituem fontes de grandes frustrações, que somente poderão ser eliminadas ou suavizadas com a terceira via dos futuros Juizados, que contarão com equipe multidisciplinar (mas isso vai certamente demorar para acontecer; os Estados seguramente não criarão com rapidez os novos Juizados. De qualquer modo, parece certo que no sistema consensual o conflito familiar, por meio do diálogo e do entendimento, pode ter solução mais vantajosa e duradoura; no sistema retributivo clássico, isso jamais será possível⁹⁷.

Não se sabe, ao certo, se a maior rigorosidade da lei trará os efeitos desejados, ou seja, cessar ou, ao menos, diminuir os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher que até agora se acumularam. Fato é que alguma atitude enérgica precisava ser tomada.

Por fim, é de fundamental importância consignar que o Projeto de Lei 4.559/2004, quando enviado ao Congresso Nacional, previa de forma expressa a competência dos Juizados Criminais para processar e julgar os crimes de violência doméstica e familiar contra mulher em seu artigo 29, cuja redação era a seguinte:

Art. 29. Ao processo, julgamento e execução dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais em que esteja caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher, aplica-se a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que não conflitar com o estabelecido nesta Lei⁹⁸.

Entretanto, tal previsão restou afastada quando da elaboração do texto final, ao consignar no artigo 41 em comento que, independentemente da pena prevista, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplicam às disposições da Lei 9.099/95. É fácil concluir, portanto, que a intenção do

⁹⁶ SALIBA, Maurício e Marcelo. **Violência doméstica e familiar: Crime e castigo**. Disponível em <<http://www.ibccrim.com.br>> Acesso em: 22 de abril de 2008.

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Aspectos criminais da Lei de Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8916>. Acesso em 22.04.08.

⁹⁸ Projeto de Lei nº 4559, de 16 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/256085.pdf>. Acesso em 22.04.08.

legislador é ver afastada a aplicação da lei dos Juizados Especiais Criminais aos crimes que dizem respeito à Lei Maria da Penha.

Sobre a questão, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto se manifestam:

Ora, quando esse dispositivo foi, a partir dos inúmeros debates que se seguiram, excluído do texto final, fica clara a intenção do legislador. Não se deve ignorar que um dos métodos de interpretação da lei é exatamente o histórico, baseado na investigação dos antecedentes da norma, assim entendidos o projeto de lei, sua justificativa, exposição de motivos, discussão, emendas, etc. Sob essa perspectiva a *ratio legis* foi, sem dúvida, no sentido de afastar o raio de incidência da Lei 9.99/95 dos crimes praticados contra a mulher com violência doméstica e familiar⁹⁹.

Outros dispositivos da lei também orientam nesse sentido, a saber: os artigos 12, 14, 17 e 33, por exemplo.

Dessa forma, a resistência de alguns, no sentido de que Lei 9.099/95 deve ser aplicada aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher é incoerente e injustificável, pois a intenção do legislador é clara ao afastar tal possibilidade e – como já dito – não está em confronto com a Constituição Federal, devendo, pois ser observada.

4.3.1 Lesão Corporal

Diante da proibição trazida no artigo 41 da Lei Maria da Penha, outro debate foi aberto. Discute-se qual a natureza da ação penal para os delitos de lesão corporal leve e lesão culposa.

O impasse se instaurou em razão do seguinte raciocínio.

Os delitos de lesão corporal, independentemente do grau da lesão ou do elemento subjetivos (dolo ou culpa) eram de ação penal pública incondicionada.

⁹⁹CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007. p. 131.

Com o advento da Lei 9.099/95, nos termos do seu artigo 88, os delitos de lesão corporal leve e culposa passaram a exigir representação da vítima como condição de procedibilidade a autorizar o Ministério Público a oferecer a denúncia.

De outro vértice, a Lei Maria da Penha afastou a incidência da Lei 9.099/95.

Não houve alteração do Código Penal por nenhuma das leis antes citadas, de modo que, em princípio, vale a regra do artigo 100 do Código Penal, ou seja, toda ação penal é pública, exceto se a lei declarar de forma expressa ser privativa da vítima.

Ora, se a Lei Maria da Penha vedou a aplicação da Lei 9.099/95 e também nada dispôs sobre a natureza da ação penal, automaticamente retorna-se ao estado anterior, aplicando-se o Código Penal. Assim a ação de lesão corporal leve e culposa volta a ser incondicionada.

Entretanto, o raciocínio não é tão simples assim.

Os doutrinadores e estudiosos do tema se dividem. De um lado, os que entendem que a ação continua sendo condicionada a representação; de outro, os que defendem que ela voltou a ser incondicionada.

Thiago André Pierobom de Ávila entende que:

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 será da vítima que assim escolheu, mas do próprio agressor que violou as normas sociais. (...) a alteração para ação pena 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.¹⁰⁰

¹⁰⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Lei Maria da Penha**: uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>. Acesso em 22.04.08.

O Poder Judiciário também diverge, possuindo decisões em ambos os sentidos (conferir anexos).

Também no sentido de que a ação penal é pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leve e culposa, manifesta-se Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁰¹ afirmando que a proibição do artigo 41 atinge a totalidade da Lei 9.099/95, inclusive o artigo 88, de modo que não havendo previsão no Código Penal, extrai-se da regra ditada no artigo 100 do referido Código que a ação é pública incondicionada.

Contudo, o citado autor sustenta que o legislador andou mal nesse ponto. Entende ele que o legislador deveria ter mantido a ação penal condicionada para todos os casos de lesões leves e isso porque “a norma 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.” E concluí afirmando que a manutenção da ação penal condicionada para os casos de lesão leve evitaria “o retrocesso a um sistema penal que despreza os interesses da vítima, tratando-a como simples objeto no Processo Penal”¹⁰².

Para Marcelo Lessa Bastos, “em se tratando de lesão corporal leve a ação será de iniciativa pública incondicionada”¹⁰³.

No mesmo sentido entendem Alice Bianchini e Luiz Flavio Gomes¹⁰⁴. Para eles, quando a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher faz referência a representação, nos artigo 12, inciso I e 16, refere-se aos crimes de ameaça (CP, art.

¹⁰¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra mulher**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 2.04.08

¹⁰² Idem.

¹⁰³ **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**: Lei “Maria da Penha”, Alguns Comentários. Disponível em:

http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice. **Lei da violência contra a mulher**: Renúncia e representação da vítima. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em: 22.4.08

147), contra a honra (CP, arts. 138 a 140) e contra a liberdade sexual (CP, art. 225), sendo desnecessária prévia representação da vítima quando se estiver diante de crime de lesão corporal leve ou culposa.

Outro argumento utilizado para defender a tese de que os crimes de lesão corporal leve e culposa voltaram a ser de iniciativa pública incondicionada é o fato de que todo o aparato legal, ou seja, a Lei 11.340/06, buscou, em sua integralidade, agravar a situação do agressor.

Assim se posicionam Ana Paula Schelm Gonçalves e Fausto Rodrigues de Lima:

A Lei não fez expressamente qualquer menção à natureza da ação penal nas infrações de que trata, no entanto, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se os princípios que regem a matéria e os tratados internacionais sobre direitos humanos, induz à conclusão de que tais crimes não mais dependem da vontade das vítimas para seu processamento. A nova Lei 11.340/2006, ao determinar expressamente que não se aplica a Lei 9.099/1995 para violência doméstica contra a mulher (art. 41), efetivamente afasta toda a Lei anterior. No entanto, apesar da Lei 11.340/2006, em seu artigo 16, determinar que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida só será admitida a renúncia perante o juiz, tal situação não se aplica aos crimes de lesão corporal leve praticados no âmbito doméstico, somente aos crimes em que o Código Penal expressamente determine que a ação seja condicionada à representação.¹⁰⁵

É que sendo a violência doméstica uma forma de violação dos direitos humanos (Lei 11.340/06, art. 6º), parece estranho que seu processamento permaneça sob a dependência da vontade da vítima em representar¹⁰⁶.

Maria Berenice Dias¹⁰⁷ manifestou entendimento no sentido de que os crimes de lesões corporais leves e culposas, quando praticados nos moldes da Lei Maria da Penha, não exigem representação, seriam, desse modo, de iniciativa pública incondicionada.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Rodrigues de. **A lesão corporal na violência doméstica:** nova construção jurídica. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8912>. Acesso em 22.04.08.

¹⁰⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica:** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora RT, 2007. p. 137.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Violência Doméstica na Justiça.** Disponível em www.mariaberenicedias.com.br. Acesso em 22.04.08.

Logo adiante, entretanto, será constatado que ela repensou a questão e passou a entender de modo diverso.

A questão apresenta-se tão polêmica que a norma consignada no Projeto de Lei acerca do assunto serve de fundamento para as duas correntes. Tanto os que entendem que os crimes de lesão corporal leve e culposa dependem da iniciativa da ofendida, como os que afirmam se tratar de ação pena pública incondicionada utilizam o método histórico de interpretação para defender seus posicionamentos.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹⁰⁸ afirmam que o artigo 30, do Projeto de Lei 4.559/2004 previa expressamente que nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher a ação penal seria pública condicionada à representação. Logo, se no texto original foi extirpada essa disposição, utilizando-se o mesmo raciocínio que afastou a aplicação dos Juizados Especiais Criminais (PL 4.559/04, art. 29), conclui-se que a intenção do legislador é que os crimes cometidos no âmbito da lei, ao menos àqueles tidos anteriormente como de menor potencial ofensivo, tornem a ser de ação pública incondicionada.

Em contrapartida, Maria Berenice Dias (como já dito anteriormente, reviu seu posicionamento) entende que justamente por constar no Projeto de forma expressa que a ação deveria ser condicionada a representação é que se pode concluir que a intenção do legislador é que a lesão corporal leve dependa de representação.

Assim escreve a autora:

Há um derradeiro argumento que põe por terra todas as tentativas de transformar a lesão corporal leve em delito de ação pública incondicionada. O Projeto de Lei 4.559/2004, que deu origem à Lei Maria da Penha, trazia o procedimento na fase policial e o processo judicial e de modo expresso afirmava (art. 30): *Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal será pública condicionada à representação.* No Senado é que houve a exclusão do procedimento minuciosamente detalhado, que constava da versão originária do projeto. De roldão foi excluído o dispositivo que colocaria uma pá de cal em toda a discussão que acabou surgindo¹⁰⁹.

De qualquer forma, além da análise histórica do texto legislativo, outros argumentos são utilizados pelos doutrinadores a fim de defender a tese de que a ação permanece condicionada à representação da ofendida nos casos de lesão corporal leve e culposa.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Violência Doméstica na Justiça**. Disponível em www.mariaberenicedias.com.br. Acesso em 22.04.08.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice Dias. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: RT, 2007. p.125.

Sustenta-se que da leitura conjugada dos artigos 41, 12, I, 16 e 17, todos da Lei Maria da Penha, possível seria concluir que a intenção do legislador não era afastar a exigibilidade da representação, mas apenas evitar a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais aos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar¹¹⁰, tanto que faz referência à representação e determina que a autoridade policial tome a representação por termo, conforme as disposições citadas. Assim, entende-se que a representação é necessária.

Na verdade, nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, é bom que se aguarde a iniciativa das vítimas, porquanto, não raras são as vezes em que os envolvidos se reconciliam rapidamente, então, o processo penal deixa de ser a solução do problema e passa ser motivo de perturbação da vida familiar pacificada, quando, ao contrário, a finalidade precípua deve ser a preservação da família e a restauração da harmonia no lar.

Essa, talvez, seja a razão maior para se sustentar a necessidade de representação da vítima nos delitos de lesão corporal leve e lesão culposa.

Fernando Célio de Brito Nogueira sustenta que:

Condicionar a persecução penal à tradição de nosso processo penal à manifestação de vontade da vítima é medida de política criminal inerente à tradição do nosso processo penal e que por vezes, servirá para resguardar valores que não podem ser esquecidos no âmbito da família, como a busca da harmonia no lar e de superação efetiva de situações em que houve violência em qualquer de suas formas. Trata-se de permitir à vítima que exerça a faculdade de colocar 'pá de cal' em determinados casos em que a continuidade da persecução criminal serviria apenas para conturbar ainda mais o ambiente doméstico e atrapalhar eventuais propósitos de reconciliação. Entender de forma diversa, tendo tais infrações penais como de ação penal pública incondicionada, iria de encontro a tais propósitos e na contra mão das tendências de nosso processo penal. Não é isso o que quis a lei¹¹¹.

A intenção do legislador, muito mais do que punir o agressor, é proteger a vítima. Não foi outra a razão de ser da Lei Maria da Penha. Portanto, não faz o menor sentido que, mesmo após a solução do conflito familiar, a ação penal seja instaurada desrespeitando a vontade da vítima.

¹¹⁰ PORTO, Pedro Rui de Fontoura. **Anotações preliminares à Lei 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>> Acesso em: 22.04.08.

¹¹¹ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Notas e reflexões sobre a Lei 11.340/2006**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 22.04.08.

Há que se considerar também a dificuldade da vítima em denunciar as agressões, seja porque ainda ama o agressor, porque quer manter a relação familiar em razão dos filhos ou, seja em razão da necessidade do sustento.

Quando as vítimas buscam as Delegacias, denunciando seus agressores, o que elas buscam é que cessem as agressões. Na maioria dos casos as mulheres não objetivam a condenação criminal¹¹². Pretendem, apenas, que a paz volte a reinar em suas casas, o que implica dizer que se ela não puder deixar de representar ou se retratar, o que somente será possível se os delitos forem considerados como dependentes de representação, certamente as denúncias permanecerão no silêncio, sem a devida proteção do Estado. A vontade das mulheres deve ser respeitada, sob pena de se manter tais crimes no ciclo da violência, dentro dos lares.

Sobre essa questão, manifesta-se Maria Lúcia Karam:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isso significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizand-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar – e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um “agressor” – ou que, pelo menos, não deseja que se seja punido¹¹³.

Com efeito, os posicionamentos quanto a natureza da ação penal para os delitos de lesão corporal leve e culposa são respeitáveis.

Uma coisa é certa, admitir a exigência de representação nesses casos, abrirá precedente para aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar e isto porque o fundamento legal determinando que nos casos de lesão corporal leve a ação penal deverá ser condicionada à representação está previsto no artigo 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Enfim, o tema é polêmico e ensejará, ainda, muitas discussões até que se chegue a um denominador comum.

¹¹² KARAM, Maria Lúcia. **Violência de gênero**. O paradoxal entusiasmo pelo rigor pena. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/artigos/violencia-de-genero-producao-legislativa-e-discurso-punitivo>. Acesso em 22.04.08.

¹¹³ Idem.

4.4 RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

Outro tema contido na Lei 11.340/06 que ensejou debate refere-se a “renúncia à representação” prevista no artigo 16 da Lei em comento.

Dispõe o artigo 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 Público¹¹⁴.

Não se encontra dissenso entre doutrinadores quanto a impropriedade do termo ‘renúncia’ utilizado no dispositivo transcrito. É pacífico o entendimento de que a expressão referida foi usada pelo legislador de forma imprecisa. E para compreender essa impropriedade técnica é bom que se defina o que é renúncia, retratação e desistência.

Segundo Maria Berenice Dias¹¹⁵, desistência seria o gênero do qual são espécies a renúncia e a retratação, portanto, engloba tanto a renúncia, no sentido de quedar-se inerte, como a retratação, ou seja, desistir de uma intenção já externada.

A renúncia ocorre antes da representação, quando a ofendida, quedando-se inerte, deixa de representar contra o ofensor. Já a retratação ocorre posteriormente, ou seja, a vítima oferece a representação, implicando no início da persecução criminal e, em momento posterior, reconsidera a manifestação de vontade antes externada.

A questão é que se o direito de representação já foi exercido, tanto que a denúncia já foi oferecida, não há que se falar em renúncia. Só se pode admitir a

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/06, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo:RT, 2007. p. 110.

renúncia se a representação não tiver sido formalidade. Após a representação só se pode falar em retratação ou desistência.

Nesse sentido se posicionam a maioria dos doutrinadores que discorrem sobre o tema.

Marcelo Lessa Bastos afirma que a lei quis dizer que “a representação é retratável”¹¹⁶, de modo que onde consta renúncia deveria constar retratação.

Também interpretando no sentido de que a expressão correta seria retratação ou desistência manifestam-se Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹¹⁷, Rômulo de Andrade Moreira¹¹⁸, Maria Berenice Dias¹¹⁹ e Fernando de Célio Brito Nogueira¹²⁰, e assim entendem porque nos termos do que dispõe o artigo 12, da lei em estudo, a representação é tomada por termo pela própria autoridade policial quando do registro da ocorrência. Assim,

a posterior manifestação da vítima perante o juiz de não querer que a ação se instaure, se trata de “retratação à representação”. Portanto, atenderia a melhor técnica, tivesse o legislador utilizado a expressão “retratação” ou mesmo “desistência” ao admitir a possibilidade de a ofendida voltar atrás da representação levada a efeito perante a autoridade policial¹²¹.

Outro ponto que se discute é que o artigo 16, da Lei Maria da Penha permite a retratação até o recebimento da denúncia, ao passo que o artigo 25, do Código de Processo Penal¹²² e artigo 102 do Código Penal limitam a possibilidade de

¹¹⁶ BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher: Lei “Maria da Penha”**, Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

¹¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2007. p. 75.

¹¹⁸ MOREIRA, Rômulo Andrade. **Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em 22.04.08

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça: efetividade da Lei 11.340/06, de combate á violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: RT, 2007. p. 113.

¹²⁰ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Notas e reflexões sobre a Lei 11.340/2006**. <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 22.04.08.

¹²¹ Idem.

¹²² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

retratação apenas até o oferecimento da denúncia, ou seja, uma vez ofertada pelo Ministério Público a peça acusatória, não poderá a ofendida se retratar.

As opiniões aqui se dividem.

Há quem entenda que o legislador foi benevolente com o agressor, contrariando o espírito da própria lei e há quem defenda que o legislador agiu acertadamente.

Marcelo Lessa Bastos defende que:

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 CPP, que continua aplicável às demais situações.¹²³

Também entendendo que a novel legislação apresentou-se benevolente neste ponto, posiciona-se Rômulo de Andrade Moreira.

(...) a lei foi mais branda com os autores de crimes praticados naquelas circunstâncias, o que demonstra de certa forma uma incoerência do legislador. Ora, se queria reprimir com mais ênfase este tipo de violência, porque "elastecer" o prazo para a retratação da representação? Evidente que é mais benéfica para o autor do crime a possibilidade de retratação em tempo maior que aquele previsto pelo art. 25, do CPP¹²⁴.

Em sentido contrário, manifesta-se Maria Berenice Dias, afirmando que "é difícil identificar o momento do oferecimento da denúncia"¹²⁵, por isso o legislador foi mais técnico ao estabelecer como prazo final a decisão do juiz de recebimento da denúncia.

Leda Maria Hermann também considera oportuna a alteração e isso porque:

à vítima será esclarecido que a Justiça, através do Ministério Público, titular da ação penal, já começou a agir e que prosseguirá agindo, se assim

¹²³ BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher: Lei "Maria da Penha"**, Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

¹²⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em 22.04.08

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça: efetividade da Lei 11.340/06, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo, RT: 2007. p. 114.

entender ela, vítima, oportuno. Por outro lado, mais uma vez é valorizada a intervenção ativa e decisiva no processo-crime, antes praticamente inexistente¹²⁶.

Divergências também surgem na doutrina quanto a posição do legislador no sentido de estabelecer como condição obrigatória que a desistência da representação pela ofendida deve ocorrer em audiência especialmente designada para tal finalidade, na presença do juiz e com a participação do Ministério Público.

Criticando de forma veemente o dispositivo, insurge-se Maria Lúcia Karam:

Eloqüente exemplo da discriminatória superproteção à mulher encontra-se na regra do art. 16, da Lei 11.340/2006, que estabelece que a renúncia à representação só poderá se dar perante o juiz, em audiência especialmente designada para tal fim e ouvido o Ministério Público. A mulher passa a ser assim objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora, tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria.¹²⁷

Outro argumento utilizado para criticar a exigência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha é que a designação de audiência cria uma formalidade desnecessária, acarretando na morosidade do andamento processual.

Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, trata-se de uma “formalidade estéril, atrasando inutilmente o procedimento e configurando certa insistência na proposta de que a vítima abra mão de seu direito de representação”¹²⁸.

Entretanto, a melhor exegese do dispositivo nesse ponto é no sentido de que a intenção do legislador foi revestir a retratação de toda formalidade possível com o fim de fiscalizá-la, evitar que ela ocorra por ingerência e coação do agressor.

¹²⁶ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, Lei com nome de mulher**: Violência Doméstica e Familiar: Considerações à Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007. p. 168.

¹²⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Violência de gênero**: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/artigos/violencia-de-genero-producao-legislativa-e-discurso-punitivo>. Acesso em 22.04.08.

¹²⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Anotações críticas sobre a Lei 11.340/06**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 2.04.08.

“O objetivo da lei, dever do Ministério Público e do juiz, é perquirir, efetivamente, por todos os meios, a motivação do pedido da vítima”¹²⁹.

Nas palavras de Leda Maria Hermann a intenção da lei é garantir que a desistência da ofendida

não resulte de qualquer espécie de pressão ou ameaça por parte do agressor, ou mesmo de algum tipo de intervenção apaziguadora inoportuna na esfera policial. Em Juízo, devidamente assistida por profissional habilitada, esclarecida sobre seus direitos e sobre a proteção e assistência que lhe são devidas, nos termos desta lei, é menor arriscado que a mulher em situação de violência doméstica e familiar decida impulsionada pelo medo, pela insegurança ou até pelas emoções conflitantes e dolorosas no momento do atendimento policial, habitualmente ocorrido logo depois do episódio agressivo¹³⁰.

Como bem asseverado por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, parece que a intenção do legislador “foi de cercar a retratação da ofendida da mais ampla garantia de independência, de forma a preservar a veracidade e espontaneidade da manifestação de vontade”¹³¹.

Convencido o juiz de que a retratação é espontânea e teve por finalidade a reconciliação do casal e existentes condições favoráveis ao pedido formulado, deve a retratação ser admitida, mediante a homologação e conseqüente extinção da punibilidade.

Em contrapartida, constatado no caso concreto, a reiteração da conduta violenta, a existência de maus antecedentes criminais do ofensor, a seriedade e gravidade das lesões, pela importância e proteção que deve ser direcionada às vítimas de violência doméstica e familiar, é de ser recusada a retratação.

¹²⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Lei Maria da Penha**: uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>>. Acesso em: 22.04.08.

¹³⁰ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, Lei com nome de mulher**: Violência Doméstica e Familiar: Considerações à Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo.. Campinas: Servanda, 2007. p. 167.

¹³¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: RT, 2007. p. 77.

Outro aspecto relevante e também controvertido diz respeito a necessidade ou não da presença do agressor na audiência referida.

Há quem sustente que o agressor deve estar presente, sob pena de ferir o princípio constitucional da ampla defesa, porquanto “o ato de retratação da representação pode implicar na extinção da punibilidade, logo, de interesse do agente do delito”¹³².

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias é incisiva ao afirmar que é “de todo descabida a presença quer do agressor, que de seu advogado que, se estiverem nas dependências do fórum, não poderão participar da solenidade”¹³³.

Corroborando o posicionamento no sentido de que é desnecessária a participação do agressor, Leda Maria Hermann ensina:

Não ocorre qualquer tipo de cerceamento de defesa, como pretendem alguns comentaristas, posto que a audiência deve ocorrer antes do recebimento da denúncia, ou seja, anteriormente à instalação do contraditório. A lei foi coerente nesse ponto, inclusive em seu foco protetivo, relativamente à vítima. A presença do agressor, seria, sem dúvida, fator incisivo de pressão psicológica e desconforto para a ofendida, potencialmente indutor de renúncia à representação por puro temor e intimidação indireta¹³⁴.

Parece que a *ratio legis* mais se coaduna com o entendimento de que a presença do agressor é desnecessária, mais que isso, não deve ocorrer, ainda que já tenha advogado constituído.

Por fim, deve-se esclarecer que a audiência em comento somente deve ser designada quando houver manifestação expressa da ofendida em se retratar, seja por petição ou simples manifestação junto ao cartório, que deverá certificar nos autos a intenção externada. E isso porque, caso contrário, atrasaria

¹³²NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2007. p. 874.

¹³³DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/06, de combate á violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: RT, 2007. p. 115.

¹³⁴HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, Lei com nome de mulher**: Violência Doméstica e Familiar: Considerações à Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007. p. 168.

demasiadamente o início da ação penal, contrariando toda a nova sistemática legislativa, a qual “veio exatamente para não permitir que a vítima sinta-se pressionada a abrir mão do direito de processar seu agressor, como ocorria nos juizados especiais”¹³⁵.

Com muita propriedade manifesta-se Rômulo de Andrade Moreira sobre a questão:

(...) a audiência prevista neste artigo deve ser realizada apenas se a vítima (ou seu representante legal ou sucessores ou mesmo o curador especial – art. 33, CPP) manifestar algum interesse em se retratar da representação [...] Ora, se a vítima representou (seja formal ou informalmente), satisfeita está a condição de procedibilidade para ação penal. O requerimento desta audiência pelo Ministério Público ou sua designação *ex officio* pelo Juiz de Direito fica “até parecendo” que se deseja a retratação a todo o custo.¹³⁶

E, certamente, não é essa a intenção do legislador, que pretendeu tão somente constatar de forma efetiva a espontaneidade de eventual desistência apresentada pela ofendida. Desse modo, é possível concluir com facilidade que a designação da audiência não é ato ou fase obrigatória do procedimento, mas medida excepcional, somente sendo aplicada quando houver manifestação da ofendida demonstrando a intenção de se retratar.

4.5 PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 20 da Lei 11.340/2006 permite, em qualquer fase, desde o inquérito policial, a prisão preventiva do agressor, a qual será decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, podendo, ainda, uma vez decretada, ser revogada a qualquer momento.

¹³⁵DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/06, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: RT, 2007. p. 115.

¹³⁶MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Pena e suas inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em 22.04.08

Até aqui, a novel legislação não trouxe qualquer alteração, uma vez que se trata de mera repetição da norma inserta no artigo 311, do Código de Processo Penal. Na verdade, o citado dispositivo seria dispensável, na medida em que se limitou a reafirmar uma norma genérica. Todavia, a repetição pelo legislador possui uma função, que vem bem explicitada por Leda Maria Hermann:

(...) tem função simbólica repressiva, voltada à supervalorização geral do Sistema Penal como reduto de segurança e proteção, ainda amplamente pleiteada pela sociedade. O destinatário da norma inscrita no artigo 20 e seu parágrafo único não é o operador jurídico: são os atores do conflito: vítima(s) e agressor(es). À agredida, a norma declara expressamente a possibilidade legal de privação de liberdade do violador como forma de proteção à sua vida e integridade física. Ao violador pretende intimidar – prevenção específica da criminalidade, uma das falsas promessas de segurança jurídica do Sistema Penal – acenando-lhe renovada e especificamente, com o risco de segregação imediata, mesmo antes da prolação de sentença condenatória transitada em julgado. Reforça, desta forma, a caracterização como ícone maior da função protetiva atribuída ao Direito Penal e seu papel simbólico no enfrentamento da violência doméstica¹³⁷.

Ocorre que, o decreto de prisão preventiva está atrelado aos requisitos e fundamentos previstos nos artigos 312 *usque* 316 do Código de Processo Penal e é aqui que se opera a relevante alteração legislativa. O artigo 42 da Lei 11.340/2006 acrescenta ao artigo 313 do Código de Processo Penal o inciso IV, estabelecendo que caberá prisão 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”.

A alteração operada trouxe debates, dividindo opiniões.

Há quem entenda que se trata de nova hipótese de custódia preventiva, outros afirmam que é a prisão preventiva já prevista no Código de Processo Penal (CPP, arts. 311/316) e outros, ainda, sustentam a inconstitucionalidade dessa disposição.

¹³⁷ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, Lei com nome de mulher: Violência Doméstica e Familiar: Considerações à Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo**. Campinas: Servanda, 2007. p. 177.

A questão é realmente polêmica.

Marcelo Lessa Bastos afirma que “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”¹³⁸. Sustenta o autor que para a concessão da medida de exceção, é imprescindível que estejam presentes os requisitos constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, consistentes na garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, o *periculum libertatis*, além, é claro, da prova de existência do crime e dos indícios de autoria. Além disso, será cabível o decreto de prisão preventiva com fundamento no inciso IV, do artigo 313 do Código de Processo Penal, apenas para assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, indicadas nos artigos 22 *usque* 24 da Lei Maria da Penha se, ditas medidas, se mostrarem ineficazes para proteção da mulher. Critica também a decretação da prisão preventiva antes do oferecimento da ação penal, sob o argumento de que se já existem elementos para a custódia preventiva, também já existem para o oferecimento da ação penal e mais, a privação da liberdade antes do ajuizamento da ação penal enseja em prisão temporária, de modo que os pressupostos para decretação devem ser buscados na legislação especial, ou seja, na Lei 7.960/89. Esclarece, ainda, que nos crimes considerados de menor potencial ofensivo, em razão da pequena quantidade da pena privativa de liberdade cominada, deve o Magistrado agir com prudência, “reservada a *ultima ratio* e, em nenhuma hipótese, pode exceder, em tempo de duração, à projeção de aplicação

¹³⁸BASTOS, Marcelo Lessa. . **Violência Doméstica e familiar contra a mulher: Lei “Maria da Penha”**, Alguns Comentários. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

da pena privativa de liberdade cominada, em caso de condenação”¹³⁹, porquanto assim agindo, estaria violando a característica de cautelaridade que deve cercar a prisão preventiva.

Sobre a decretação da prisão preventiva nos delitos em que se prevê pena privativa de liberdade em pequena quantidade, ou seja, nos delitos considerados como de pequeno potencial ofensivo, Guilherme de Souza Nucci adverte:

(...) fundamental muita cautela para tomar essa medida. Há delitos incompatíveis com a decretação da prisão preventiva. Ilustrando: a lesão corporal possui pena de detenção de três meses a três anos; a ameaça de detenção de um a seis meses, ou multa. São infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para ‘cobrir’ o tempo de prisão cautelar (aplicando-se, naturalmente, a detração, conforme art. 42 do CP). Leve-se em conta, inclusive, para essa ponderação, que vigora no Brasil a chamada ‘política da pena mínima’, vale dizer, os juízes, raramente aplicam pena acima do piso e, quando o fazem, é uma elevação ínfima, bem distante do máximo.¹⁴⁰

No mesmo sentido alerta Thiago André Pierobom de Ávila:

(...) 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.¹⁴¹

Leda Maria Hermann, comentando o artigo 42 da Lei Maria da Penha, que introduziu o inciso IV ao artigo 313, do Código de Processo Penal, ora em comento, afirma:

A norma não afasta a aplicação do artigo 312 do CPP. Sem que concorra uma ou mais das condições especificadas no dispositivo, não cabe a prisão preventiva, sob pena de ofensa às garantias fundamentais do artigo 5,

¹³⁹BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher: Lei “Maria da Penha”, Alguns Comentários.** Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em 22.04.08.

¹⁴⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** São Paulo: RT, 2007. p. 877.

¹⁴¹ÁVILLA, Thiago André Pierobom de. **Lei Maria da Penha: Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>>. Acesso em: 22.04.08.

incisos LIV (devido processo legal), LVII (presunção de inocência) e LXVI (excepcionalidade da prisão preventiva) da Constituição Federal.¹⁴²

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, na mesma linha de raciocínio dos autores anteriormente citados, manifestam-se afirmando que somente será possível a decretação da prisão preventiva se comprovados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e desde que para garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência. Vão ainda mais longe.

Sustentam que várias das medidas protetivas elencadas nos artigos 18 *usque* 24 da Lei Maria da Penha possuem caráter civil, de modo que a decretação de prisão preventiva a fim de garantir a execução da medida implicará, inevitavelmente, no reconhecimento de inconstitucionalidade da prisão. Assim afirmam os autores:

Com efeito, se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos arts. 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, da prática de crimes. E, pior, afrontará princípio constitucional esculpido no art. 5, LXII, que autoriza a prisão civil apenas para as hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel. Tais hipóteses, como é cediço, compõem um rol taxativo que, por importarem em restrição de liberdade, não admitem ampliação. De forma que, ao se imaginar possível a decretação da prisão preventiva para assegurar o cumprimento de uma medida de urgência de índole civil, se estaria criando uma nova hipótese de prisão civil, por iniciativa que é vedada ao legislador infraconstitucional.¹⁴³

Maria Berenice Dias, rebatendo esses argumentos afirma que

a possibilidade de aprisionamento decorre exatamente da violência doméstica. Sua prática é que autoriza a concessão da medida protetiva, e, para garantir o seu cumprimento, cabe a prisão preventiva. Esta, portanto, não se limita ao âmbito criminal¹⁴⁴.

Além disso, sustenta a autora que:

(...) exigir a presença de todos os pressupostos legais que já se encontravam na lei afastaria qualquer justificativa para a nova hipótese de prisão preventiva, tornando despicienda a alteração levada a efeito

¹⁴² HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, Lei com nome de mulher: Violência Doméstica e Familiar: Considerações à Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo.** Campinas: Servanda, 2007. p. 241.

¹⁴³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2007. p. 82.

¹⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça: efetividade da Lei 11.340/06, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: RT, 2007. p. 103.

pela lei Maria da Penha. Basta a necessidade de assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, se estar, por si só, se revelarem ineficazes, para a tutela da mulher, para que o juiz decrete a prisão preventiva do agressor.¹⁴⁵

Thiago André Pierobom de Ávila vai além. Para ele seria admissível a decretação da prisão preventiva, ainda que anteriormente não tenha sido deferida uma medida de urgência, e isso porque a intenção do legislador é proteger a integridade física da mulher.

Leia-se o interessante posicionamento do autor:

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. 7, 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 eficácia 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 da 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 preventiva¹⁴⁶.

A violência doméstica contra a mulher constitui em violação ao direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, e mais, implica em violação aos direitos humanos e como tal, merece especial proteção, razão porque não há como não concordar com a manifestação de Eduardo Luiz Santos Cabette ao comentar os artigos 20 e 42 da Lei Maria da Penha:

O dispositivo é providencial, constituindo-se em um utilíssimo instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas na novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do

¹⁴⁵DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça**: efetividade da Lei 11.340/06, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: RT, 2007. p. 103.

¹⁴⁶ÁVILLA, Thiago André Pierobom de. **Lei Maria da Penha**: Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>>. Acesso em: 22.04.08.

instrumento coercitivo da prisão preventiva por ausência de sustentação de motivos elencados no art. 312, CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no art. 313, CPP.¹⁴⁷

Por fim, há que se citar também os ensinamentos de Rodrigo da Silva Perez

Araújo sobre a questão da prisão preventiva:

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 estar a comprimir o direito de liberdade do agente. A opção do legislador é voz legítima do interesse público e do povo, de que emana o Poder, e portanto, deve preponderar¹⁴⁸.

É possível concluir, desse modo, que o legislador infraconstitucional, mais uma vez, andou de forma acertada, ao trazer, em favor da mulher e, conseqüentemente, de toda sociedade que também sofre graves conseqüências, mais um instrumento na tentativa de coibir de forma efetiva a violência doméstica e familiar perpetrada contra a mulher.

¹⁴⁷ ÁVILLA, Thiago André Pierobom de. **Lei Maria da Penha**: Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>>. Acesso em: 22.04.08.

¹⁴⁸ ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. **Violência doméstica**: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9304>>. Acesso em: 22.04.08.

5. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto no decorrer do presente trabalho, a Lei 11.340/2006, em vigor desde 22 de setembro de 2006, tem sido objeto de discussões.

Diversos são os questionamentos e, em razão disso, notadamente pelo fato de que quatro tribunais brasileiros – TJMS, TJRJ, TJMG e TJRS (conferir anexos) contestaram a validade da lei em questão, no final do ano de 2007, foi ajuizada Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo Presidente da República, buscando suspender os efeitos dessas decisões.

Os tribunais citados negaram vigência à lei, considerando-a como contrária à Constituição Federal, por afrontar o princípio maior da igualdade. Alguns julgados foram marcados pelo excesso, como as decisões exaradas pelo juiz de Sete Lagoas (MG), Edilson Rumbelsperger Rodrigues, que fez afirmações um tanto polêmicas como, “a desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher”. E ainda, definiu a lei como “um conjunto de regras diabólicas.”, e, em razão dessas afirmações, está respondendo processo junto a Corregedoria Nacional da Justiça.

Também ensejaram o ajuizamento da Ação Declaratória os enunciados aprovados no III Encontro dos Juízes de Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais – Armação dos Búzios, que negaram validade parcial à Lei Maria da Penha, estabelecendo, nos Enunciados nº 81, 82 e 83, respectivamente, que o artigo 41 da Lei 11.340/2006 é inconstitucional, que se aplicam aos crimes contra a mulher os institutos despenalizadores, bem como a suspensão condicional do processo.

Diante desse quadro fático, ou seja, das inúmeras insurgências contrariando a novel legislação, não restou outra alternativa, senão o ajuizamento da

Ação Declaratória de Constitucionalidade, cujo objeto são os artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/06 a fim de sanar a controvérsia judicial ora posta, já que em sentido contrário há decisões declarando a constitucionalidade da lei.

A ação declaratória foi distribuída em 19 de dezembro de 2007, leva o nº 19-3 e tem como relator o Ministro Marco Aurélio.

Sobre a questão da igualdade, explicitou-se na petição inicial que a lei especial não fere o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres. Ao contrário, vem trazer a efetividade do princípio da isonomia insculpido na Carta Constitucional por meio da igualdade material.

Sobre a questão da competência transitória prevista no artigo 33, da Lei Maria da Penha, assim constou na Ação Declaratória:

A alegação é improcedente, visto que compete privativamente à União legislar sobre Direito Processual (CF, art. 22, I), de forma a conferir tratamento uniforme a tais questões, em especial as que extrapolam os interesses regionais dos Estados, como é o combate internacional à violência doméstica ou familiar contra a mulher. Dessa forma, em virtude dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, não se pode deixar o regramento da matéria ao alvedrio das ordens locais, visto que a violação das mulheres pode implicar responsabilidade no âmbito internacional do país. No entanto, caberá ao Estado o detalhamento das peculiaridades locais, a exemplo do número de Juizados e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, desde que observe as diretrizes gerais fixadas pela União. Com efeito, a Lei 11.340/2006 não trata do detalhamento típico da organização judiciária do Estado, mas apenas regula matéria processual pertinente à necessária especialização do Juízo, bem assim, determina a acumulação das competências cível e criminal em Vara Criminal (até a criação dos Juizados), de forma a conferir celeridade à solução das questões sabidamente interdependentes e urgentes, como é o combate à violência doméstica, que, geralmente envolve aspectos penais e cíveis¹⁴⁹.

Como exemplo, foram citados outros exemplos de leis processuais editadas pela União, as quais nunca tiveram sua constitucionalidade questionada, a saber: Lei nº 9.938/99, que afastou os crimes militares do âmbito de competência dos Juizados Especiais e a Lei nº 9.278/96 que ao regulamentar a união estável, determinou como competente o Juízo da Vara de Família.

¹⁴⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade, nº 19. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=19&processo=19>. Acesso em: 19/10/08.

Por fim, fundamentou a constitucionalidade do artigo 33 da Lei Maria da Penha na Recomendação nº 9, de 06 de março de 2007, do Conselho Nacional da Justiça, que recomendou aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

No tocante ao artigo 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, consigna a ação declaratória de constitucionalidade que não há afronta à Constituição Federal, porquanto cabe ao legislador infraconstitucional selecionar um ou mais critérios para definir o que se considera delito de menor potencial ofensivo. Ainda que não tenha levado em consideração o critério quantitativo da pena, o que poderia ter feito, aumentando a pena desses delitos ou criando qualificadoras, utilizou como critério a qualidade do crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, o qual, conforme dados estatísticos, implica em desastroso efeito nocivo à sociedade, não se podendo admiti-lo como de menor potencial ofensivo.

Finalmente, foi pleiteada a concessão de liminar objetivando a suspensão das decisões que negam vigência a lei e, no mérito, a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41, todos da Lei 11.340/06.

A liminar postulada foi indeferida, argumentando o relator do caso que:

(...) O pleito formulado, porém, extravasa até mesmo o que previsto nesse artigo. Requer-se que, de forma, precária e efêmera, sejam suspensos atos que, direta ou indiretamente, neguem a vigência à citada Lei. O passo é demasiadamente largo, não se coadunando com os ares democráticos que nortearam o Constituinte de 1988 e que presidem a vida gregária. 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. As portas do Judiciário não de estar abertas, sempre e sempre, aos cidadão, pouco importando o gênero. O Judiciário, presente o princípio do juiz natural, deve atuar com absoluta espontaneidade, somente se dando vinculação do Direito posto, ao Direito subordinante. Fora isso, inaugurar-se-á era de treva, concentrando-se o que a Carta Federal quer difuso, com menosprezo à organicidade do próprio direito. Repito, mais uma vez, eventual aplicação distorcida da Lei evocada pode ser corrigida ante o sistema recursal vigente e ainda mediante impugnação autônoma que é revelada por impetrações. Que atuem os órgãos judiciais investidos do ofício judicante segundo 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 ao ato Plenário, para referendo, quando da abertura do Ano Judiciário de 2008¹⁵⁰.

Em 29 de maio do ano corrente, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, lançou mão do *Amicus Curiae*, originário do direito norte-americano, para integrar a discussão de uma tese de cunho mais que jurídico, de cunho histórico e protocolou petição requerendo seu ingresso na ação declaratória de constitucionalidade.

Também o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 11 de setembro de 2008 protocolou pedido no mesmo sentido, requerendo seja admitido, na qualidade de *amicus curiae*, no processo em referência, ante a relevância da matéria – discussão da Lei Maria da Penha – e a respectiva representatividade, o que foi deferido pelo relator do caso, por decisão divulgada em 14 de outubro de 2008¹⁵¹.

E é essa é a atual fase processual na qual se encontra a ação declaratória de constitucionalidade em comento, a qual, em razão dos importantes efeitos que trará à sociedade, se espera seja julgada com a maior brevidade possível, trazendo, dessa forma, a todos os brasileiros, notadamente às mulheres que há tantos e tantos anos esperam uma resposta eficaz aos seus anseios, certeza, segurança jurídica e, principalmente, justiça!

¹⁵⁰ Ação Declaratória de Constitucionalidade, nº 19. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=19&processo=19>. Acesso em: 19/10/08.

¹⁵¹ Idem.

6. CONCLUSÃO

Diante das considerações apresentadas no presente estudo é possível concluir que a constitucionalidade da Lei Maria da Penha é inconteste e isso porque não há afronta ao princípio constitucional da igualdade, na medida em que a lei observou o aspecto material do princípio isonômico, cuja finalidade é trazer o equilíbrio nas relações que encontram em situação de desigualdade.

A hipossuficiência da mulher em relação ao homem é um fato inquestionável que se vem prolongando ao longo da história, desde o patriarcado até os dias atuais. Ainda hoje a mulher é vítima de discriminação cultural, social e econômica. Ainda hoje a mulher é motivo de piadas; sofre distinção salarial e encontra maiores dificuldades para ocupar cargos de gerência e chefia.

E o que é muito pior e mais grave: ainda hoje, após vinte anos em que foi declarada expressamente na Constituição Federal Brasileira a igualdade entre homens e mulheres, as estatísticas criminais apontam os assombrosos índices de violência praticados contra a mulher em seu ambiente familiar.

E é daí que decorre a relevância da lei ao trazer tratamento diferenciado à mulher a fim de buscar a efetiva igualdade entre os sexos. Não a igualdade formal no sentido de que homens e mulheres são iguais perante a lei, mas a igualdade material, real, substancial, igualando os que se encontram em situação evidente de desigualdade.

Também não há qualquer inconstitucionalidade da lei ao afastar do âmbito dos Juizados Especiais Criminais os delitos considerados como de menor potencial ofensivo, seja porque a própria Constituição Federal, no artigo 22, inciso I, prevê competência privativa da União para editar normas de direito processual, seja

porque os compromissos internacionais impuseram a adoção dessas medidas ao Estado brasileiro.

Da mesma forma em relação aos institutos despenalizadores, os quais, acertadamente, tiveram sua aplicação afastada. A mulher, vítima da violência doméstica, deve ser respeitada, coibindo-se a banalização de um crime de tamanha gravidade como é, *v.g.*, a lesão corporal ou a ameaça perpetrada no ambiente familiar mediante a entrega de cestas básicas como ocorria nos Juizados Especiais Criminais.

Os delitos abrangidos pela lei Maria da Penha, ou seja, cometidos contra a mulher em razão de vínculo doméstico ou familiar são de extrema gravidade. Não apenas em razão da violência física em si mesma, mas, sobretudo, em razão do sofrimento psicológico, da humilhação e sofrimento moral que decorrem dessas agressões, agravando ainda o resultado por ocorrer no ambiente doméstico, onde o que se espera é amor, jamais um ato de violência.

Não há como deixar de ressaltar, também que o problema da violência doméstica reflete em toda a sociedade, na medida em que inúmeras crianças, futuros cidadãos brasileiros, futuros pais e maridos, estão crescendo nesse ambiente em que a violência é uma prática comum. O ciclo da violência precisa ser quebrado. Uma nova consciência deve ser estabelecida.

Com efeito, a Lei Maria da Penha constitui verdadeiro avanço, pois trouxe importantes diretrizes para o sistema de prevenção contra às práticas de atos de violência no âmbito das relações domésticas e familiares.

Trouxe valorização da vítima, permitindo a imposição emergencial de medidas, até restritivas de liberdade contra o agressor, quando necessárias.

Acima de tudo, a lei em questão vem trazer uma nova cultura, que tem por escopo primordial o tratamento igualitário, pautado no respeito e no consenso.

Mais que uma legislação rigorosa, voltada muitas vezes ao sistema repressivo do Estado, se trata de novo instrumento que tem por fim conscientizar o agressor que seu agir é indevido.

Esse é o papel mais importante da novel legislação, a conscientização do agressor no sentido de que a mulher não é um objeto de sua propriedade, do qual possa dispor como bem entender, nela descarregando todas as suas frustrações. Trata-se, sim, de um ser humano em igualdade de condições e capacidade e que também merece respeito.

A Lei Maria da Penha veio para contribuir com a modificação cultural de uma sociedade marcada pelo patriarcado. Entretanto, somente um texto legislativo nada poderá fazer, porque mais do que um problema jurídico, a violência doméstica contra a mulher é um problema cultural, razão porque o trabalho de conscientização é vital para que se dê efetiva proteção e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

O primeiro passo foi dado. A legislação está em vigor e é de suma importância que seja observada pelos operadores do direito, notadamente pelos Magistrados, os quais possuem a importante missão e árdua tarefa de trazer aos seus jurisdicionados a pacificação social, promovendo a justiça! É o que se espera! Que a Lei Maria da Penha seja efetivamente aplicada!

REFERÊNCIAS

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 22 abril.2008.

ARAÚJO, 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: 22 abril. 2008.

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: 22 abril.2008.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Duas impropriedades técnicas da Lei de Proteção à Mulher** (Lei nº 11.340/2006). Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8913>>. Acesso em: 22 abril.08.

BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão; CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **A constitucionalidade da Lei Maria da Penha** . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1497, 7 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10249>>. Acesso em 22 abril.2008.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: Lei "Maria da Penha"**, Alguns Comentários. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf>. Acesso em 22 abril.2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira.

Brasil. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher**, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 107, de 31/08/95. Promulgação: Decreto legislativo nº 1973 de 30/08/02.

BRASIL. Decreto legislativo nº 107, de 06/06/02. Promulgação: Decreto legislativo nº 4.316 de 30/07/02.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. 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.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Estatuto do Idoso.**

BRASIL. Projeto de Lei nº 4559, de 16 de novembro de 2004.

Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

BRASIL. Lei 9.009, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.**

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.**

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1146, 21 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 22.abril.08.

CAMPOS, Roberta Toledo. **Aspectos Constitucionais e Penais Significativos da Lei Maria da Penha.** Disponível em:<<http://www.blogdolfq.com.br>>. Acesso em 22.abril.2008.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **A violência doméstica como violação dos direitos humanos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>>. Acesso em: 22 abril.2008.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

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

_____. **Falando em violência doméstica.** Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em 22 abril.2008.

_____. **A violência doméstica na Justiça.** Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em 22 abril.08.

Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, 2006, Armação dos Búzios.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Impressões objetivas sobre a lei de violência doméstica.** Elaborado em 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/23804/3>>. Acesso em 22 abril.2008.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso.** Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores Ltda., 1999.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Aspectos criminais da Lei de Violência contra a Mulher.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8916>>. Acesso em 22 abril.2008.

_____. **Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1178, 22 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em: 22 abril.2008.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Rodrigues de. **A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8912>>. Acesso em: 22 abril.2008.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Pena Lei com nome de mulher: considerações à Lei 11.340/2006, comentada artigo por artigo.** Campinas: Servanda Editora, 2007.

JESUS, Damásio de; SANTOS, Hermelino de Oliveira. **A empregada doméstica e a Lei Maria da Pena.** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 22 abril.2008.

LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. **Lei Maria da Pena: 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 abril.2008.

LOFY, Willian. **A ação afirmativa e o respeito aos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/24/2024/>>. Acesso em 22 abril.2008.

MISAKA, Marcelo Yuki. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: em busca do seu conceito.** Caxias do Sul: *Juris Plenum*, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Pena e suas inconstitucionalidades.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em 22 abril. 2008.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Notas e reflexões sobre a Lei 11.340/2006.** Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 22 abril.2008.

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

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. **Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade.** Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo_2544.html>. Acesso em 22 abril. 2008.

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>>. Acesso em: 22 abril.2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2000). **Relatório nº 54/01. Caso 12.051:** Maria da Penha Maia Fernandes. 04.04.2001.

PASCHOAL, Janaína; REALE, Miguel Junior. **Mulher e Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTO, Pedro Rui de Fontoura. **Anotações preliminares à Lei 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais.** Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 22 abril.2008.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. **A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família.** Disponível em:<<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 22 abril.2008.

SALIBA, Maurício e Marcelo. **Violência doméstica e familiar: Crime e castigo.** Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 22 abril. 2008.

SANTIN, Valter Foletto. **Igualdade Constitucional na Violência Doméstica.** Disponível em:><http://www.apmp.com.br/juridico/santin>. Acesso em 22.abril. 2008.

SANTOS, Ângela. **Um caso exemplar.** Disponível em: <http://www.mulheresnobrasil.org.br/pdf/PMB_Cap8_Reportagem.pdf>. Acesso em 22.abril.2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso Direito Constitucional Positivo.** 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. **Comentário Contextual à Constituição.**São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA, Sergio Ricardo. **Comentário à Lei de combate à violência contra a mulher**: Lei Maria da Penha 11340/2006. Curitiba: Juruá, 2007.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Da constitucionalidade e da conveniência da Lei Maria da Penha**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1711, 8 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11030>>. Acesso em: 22 abril de 2008.

ANEXOS

ANEXO 1 – NATUREZA DA AÇÃO PENAL PARA OS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE E CULPOSA

PENAL E PROCESSUAL PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA – APELAÇÃO, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E MANDADO DE SEGURANÇA – INTERESSE RECURSAL – LESÕES CORPORAIS LEVES – REPRESENTAÇÃO – DESNECESSIDADE – AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

1- A via adequada para manifestar o inconformismo contra decisão que deixa de receber a denúncia ou a queixa é o *Recurso em Sentido Estrito* (art. 581, inciso I, do Código de Processo Penal). Não se conhece, portanto, de *Apelação* interposta com essa finalidade, ainda mais se a questão sequer restou decidida em primeiro grau de jurisdição.

2- A *Lei Maria da Penha*, assim conhecida em homenagem a uma das muitas vítimas da violência doméstica, teve como objetivo maior estimular os formadores de opinião pública e os operadores do direito a refletirem mais detidamente sobre o problema e a assumirem, corajosamente, uma nova postura frente a atitudes covardes de homens que resolvem abandonar o seu papel natural de guardiões do lar para se transformarem em algozes e carrascos cruéis de sua própria companheira.

3- Assim, o recuo da mulher, que em um primeiro momento decidira dar um basta em seu sofrimento, não é suficiente para justificar o arquivamento dos autos. Essa situação, aliás, é muito comum, pois a dependência econômica e emocional da mulher, na maioria dos casos, acaba por arrefecer-lhe o desejo e retirar-lhe a vontade de prosseguir na luta.

4- Nos termos da legislação em destaque (art. 41), *aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Sendo assim, a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves praticados no ambiente doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada, posto que patente o interesse geral da sociedade, não só pelos objetivos da lei em questão, como pelo que preconiza o seu art. 6º, considerando a violência doméstica e familiar contra a mulher *uma das formas de violação dos direitos humanos*.

5- Mantém-se a revogação da prisão cautelar do ofensor se o fato ocorreu há mais de seis meses e, até hoje, não se tem notícias de novo desentendimento capaz de justificar a prisão pelo mesmo motivo – garantia da ordem pública. (TJDF, 1ª Turma Criminal, Processo 20060910173057APR, rel. Dês. Sérgio Bittencourt, . 31 de maio de 2007, DJU 25 jul. 2007, p. 126).

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 pra coibir e prevenir a violência contra a mulher.

3. A exegese que se confere efetividade à repressão aos crimes de violência doméstica contra a mulher nos casos de lesões corporais leves e 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 11340/2006 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 culposas 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. (TJDF, 2ª Turma Criminal, Processo 20070020040022HBC, rel. Nilsoni de Freitas, j. 28 jun. 2007. DJU 26. set. 2007, p. 122).

ANEXO 2 – DECISÕES DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. CONTRAVENÇÃO PENAL.

Malgrado tenha a L. 11.340/06 concentrado as jurisdições cível e criminal em um juizado integrado, para a apreciação de todas as “causas” afetas à violência doméstica e familiar contra a mulher, ressaltou, em seu art. 41, que a aplicação da L. 9.099/95 só não ocorreria aos **crimes** praticados sob o manto de incidência da nova lei, deixando claro, a *contrario sensu*, ser a L. 9.099/95 ainda aplicável às contravenções penais.

À unanimidade, julgaram procedente o conflito suscitado. (TJRS, 5ª Câmara Criminal. CC nº 70019035179. rel. Dês. AMILTON BUENO DE CARVALHO. j. 11.04.07)

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.

A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito. (TJMS, 2ª Turma Criminal. **Erro! Fonte de referência não encontrada.** - n. **Erro! Fonte de referência não encontrada.**.. Relator. **Erro! Fonte de referência não encontrada.**.. J. 26.09.07. DJ 1606).

EMENTA: 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 previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, §8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, 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 entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice. (TJMG. ACrim. nº 1.0672.07.244893-5/001. Rel: Des. JUDIMAR BIBER.j. 07/08/07. DJ 14/08/07).

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - JUIZADO ESPECIAL E JUSTIÇA COMUM - ART. 33 E ART. 41 DA LEI 11.340/06 - INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Se o art. 198, I, da Constituição Federal, estabelece a competência do Juizado Especial para os crimes de menor potencial ofensivo que foram definidos pela Lei Federal 9.099/95 e suas modificações posteriores, seria mesmo um contra-senso argüir a inconstitucionalidade da Lei Federal 11.340/06 na parte que afasta o menor potencial aos delitos cometidos com violência doméstica ou familiar, porque ambas são normas de igual hierarquia, a primeira geral e a segunda derogante para excepcionar o âmbito de atuação do Juizado, sendo certo que a só exceção já importaria na distribuição da ação à Justiça Comum, mesmo quando o delito noticiado seja contravenção penal, porque o contexto do art. 41, só pode ser interpretado no âmbito da atuação da própria norma de contenção, dentro da tutela suscitada pelo art. 7º, I a IV, da própria Lei Maria da Penha que abarca todos os tipos de violência. **DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL - TUTELA LEGÍTIMA - APLICAÇÃO GERAL - SOLUÇÃO.** Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), mas cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/06 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal restritiva de sua aplicação às mulheres, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. Competência do Juízo Suscitante. (TJMG. CC nº 1.0000.07.458416-0/000. Rel. Des. JUDIMAR BIBER. J. 21/08/07. DJ. 28/08/07).