

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

FABIANE APARECIDA SILVA SENKO

**A LEI MARIA DA PENHA SOB O ENFOQUE DAS DUAS FACES DO PRINCÍPIO
DA PROPORCIONALIDADE: PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE
PROTEÇÃO DEFICIENTE**

**CURITIBA
2018**

FABIANE APARECIDA SILVA SENKO

**A LEI MARIA DA PENHA SOB O ENFOQUE DAS DUAS FACES DO PRINCÍPIO
DA PROPORCIONALIDADE:
PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE**

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

Orientador: Prof. Drº Fábio André Guaragni

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIANE APARECIDA SILVA SENKO

A LEI MARIA DA PENHA SOB O ENFOQUE DAS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

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: Professor Dr^o Fábio André Guaragni

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

A todas as mulheres da minha
vida.

RESUMO

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, inspirada na história da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, é um marco do direito penal na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil, e reconhecida como uma das melhores do mundo pela Organização das Nações Unidas (ONU). Em que pese a referida legislação especial não ser tema recente nas discussões acadêmicas e também pelos operadores do direito, a crescente violência contra a mulher na seara familiar e os graves efeitos da condenação do agressor são matérias que atingem o instituto da família diretamente e, nesse particular, são de grande importância na sociedade brasileira, atualmente. A proteção ao bem jurídico fundamental, tem o escopo de fundamentar a intervenção do direito penal. Dentro da teoria do bem jurídico, o bem jurídico é considerado valor de fundamental importância para a sociedade (direito à vida, propriedade, liberdade), e, é com base nesse valor que o legislador os elegeu para, então, protegê-los dentro do código penal e demais leis da esfera criminal. Nesse particular, o presente tema ganha forma quando ao estudar o Estado como protetor dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que é obrigado a garantir uma proteção eficiente, não pode, contudo, exceder no seu poder punitivo e adentrar na esfera do particular infrator injustificadamente, sem observar os seus direitos fundamentais. Desta forma, o garantismo como única condição de punição, não tem sido muito eficaz no tocante à prevenção de novos casos de violência doméstica diante da especificidade da Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Eficácia. Lei Maria da Penha. Garantismo. Princípio da Proporcionalidade.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 BREVE HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA | 8 |
| 3 LEI MARIA DA PENHA COMO PRODUTO DO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE | 11 |
| 3.1 PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE | 13 |
| 4 VIOLÊNCIA DE GÊNERO, FAMILIAR E A RESPECTIVA INCORPORAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA | 19 |
| 4.1 DIREITO COMPARADO | 24 |
| 4.1.1 Direito Português..... | 24 |
| 4.1.1.1 Convergências e Diferenças | 24 |
| 4.1.1.2 Conclusões..... | 28 |
| 5 O GARANTISMO E A EFETIVIDADE: O GARANTISMO COMO EXCLUSIVA CONDIÇÃO DE PODER PUNITIVO | 31 |
| 5.1 TEORIA GARANTISTA | 31 |
| 5.2 A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA: PUNIÇÃO E PREVENÇÃO..... | 33 |
| 6 CONCLUSÃO | 40 |
| REFERÊNCIAS | 43 |
| ANEXOS | 48 |
| ANEXO 1 - Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher | 48 |

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como com o surgimento do Estado Democrático de Direito, inúmeras discussões sobre direitos humanos e sua aplicação tornaram-se cada vez mais recorrentes. A modificação de cenário, com a chegada dos direitos fundamentais, foi uma grande conquista para todos os brasileiros.

Essa mudança de paradigma trouxe a criação de muitas leis importantes para o Brasil, dentre elas, a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, de suma importância para a preservação da vítima de violência de gênero e a punição do seu agressor. A Lei Maria da Penha foi elaborada diante de um clamor social, pelo fato que tornou público o caso da agressão à aposentada Maria da Penha Maia Fernandes, pelo marido, Marco Antônio Heredia Viveros, que a deixou paraplégica.

Nesse contexto, o combate à violência contra a mulher passou a fazer parte de uma garantia do Estado e a efetividade ficou condicionada a cobertura dos direitos fundamentais do gênero.

A proposta do presente trabalho é analisar a Lei Maria da Penha sob a ótica do princípio de proibição de proteção deficiente, para verificar sua gênese relacionada a uma lógica deontológica, baseada nos direitos fundamentais da mulher, bem como nos direitos humanos relacionados a tal gênero, preconizados pelos tratados internacionais e ratificados pelo Brasil e pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, se o seu surgimento é produto de uma proteção eficiente do Estado, ou se a sua criação atendeu somente a fatores externos que contribuíram para forçar um processo legislativo, e se este respeitou, efetivamente, a realidade brasileira.

A pesquisa se inicia com um breve relato histórico da violência doméstica e de gênero, baseando-se neste tipo de violência, desde os primórdios até acontecimentos mais recentes. O estudo traz também uma análise baseada nos tratados internacionais que tiveram relevância para a criação da Lei Maria da Penha, e suas implicações no cenário brasileiro.

Cuida-se, posteriormente, de analisar a Lei Maria da Penha como produto da vedação de proteção deficiente, princípio que visa atender a necessidade do legislador brasileiro no combate à violência doméstica.

Destarte, ainda sobre o mesmo assunto, salutar estudar o princípio da proporcionalidade e conceituar seus desdobramentos, vedação de excesso e proibição de proteção deficiente.

A seguir, mister acompanhar a trajetória do gênero feminino e algumas de suas conquistas envolvendo, inclusive, as importantes lutas feministas até a criação da Lei 11.340/2006.

Necessário apreciar, também, fazendo uma breve comparação com a legislação pátria, o direito português e as normas relacionadas ao combate à violência doméstica em Portugal.

Por fim, cabe expor uma visão crítica, sob a ótica da teoria garantista, o tema da violência doméstica no Brasil como exclusiva condição do poder punitivo e o reflexo na efetividade do combate à violência baseada na realidade social brasileira.

2 BREVE HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

O termo violência deriva do latim *violentia*, que deriva do prefixo *vis*, que significa força, vigor, potência. Segundo Saffioti (2015, p. 18), entende-se por qualquer comportamento que vise comprometer a integridade da vítima, pelo uso da força, seja física, moral, sexual ou psíquica.

A violência sempre foi inerente à condição humana. O homem, ameaçado por grupos rivais, usava da força para manter a segurança da comunidade. É uma condição paradoxal, assim como ensina Porto:

Desde a aurora do homem e, possivelmente, até o crepúsculo da civilização, este triste atributo parece acompanhar passo a passo a humanidade, como a lembrar, a cada ato em que reemerge no cotidiano, nossa paradoxal condição, tão selvagem quanto humana (PORTO, p.13, 2007).

É a luta do homem em busca eterna pela paz a partir da violência e, para além disso é a condição que parece só reforçada com a civilização de impor seus desejos, necessidades e exercer o poder a partir da violência.

Para por fim a esse estado de insatisfação e insegurança, o homem foi coagido a criar regras e sanções a fim de fazer reinar novamente a paz no seu grupo social. Essa espécie de gênese das regras construiu, segundo o entendimento de Hobbes, “formas embrionárias do Estado e do Direito, próprias dos períodos históricos, usualmente denominados Antiguidade greco-romana e Idade Média”. (HOBBS apud PORTO, 2007, p. 13-14).

Com a necessidade de expansão territorial e intelectual do próprio homem, a mulher foi tomando o “seu lugar” no lar, enquanto que o gênero masculino transformou-se no patriarca da família. A partir desse momento, as disputas começaram também dentro de casa. (PORTO, 2007, p. 14)

Com isso, pôde-se verificar um crescimento paulatino na coisificação da mulher e a sua submissão relativamente ao homem, incentivados por fatores culturais e religiosos.

Não há dúvidas de que a violência doméstica não é fruto somente do agressor, mas da própria sociedade que carrega valores criados há muitos anos e acabam por incentivar esse tipo de violência. Como ensina Berenice Dias, “O

fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação de dominante e dominado.” (DIAS, 2007, p. 15).

É salutar ressaltar a importância do movimento que teve início na segunda metade do século XIX, aqui no Brasil, o feminismo, que foi de fundamental valia no desenrolar dessa quebra de paradigmas. Esse grande movimento, trouxe a ressignificação da relação entre os dois sujeitos, o masculino e o feminino, a ponto de impactar sobremaneira, também, as ciências criminais e, conseqüentemente, o universo da violência doméstica (BATISTA, et al., 2007).

Nesse contexto, a violência doméstica entra com força total, como forma de voltar ao *status quo ante bellum*, ao modelo tradicional dos papéis considerados ideais.

É certo que os fatores evolutivos que norteiam uma sociedade sofrem modificações ao longo do tempo. Desde o século passado, o Brasil segue sofrendo as conseqüências dessas mudanças dia após dia. Todas as conquistas notórias alcançadas pelas mulheres até agora provocam um afastamento do parâmetro preestabelecido pela sociedade de dominação do gênero masculino sobre o feminino, o que é um terreno fértil para todos os tipos de conflito.

A raiz do problema não é o Estado, mas este o referencia quando toma pra si o poder de dar a prestação jurisdicional adequada, mas não consegue atuar com efetividade diante das demandas ajuizadas. No dizer de Lombardi de Kato (2006 apud DIAS, 2007, p. 15-16), “o Brasil guarda cicatrizes históricas da desigualdade, inclusive no plano jurídico”.

Nesse cenário de insegurança jurídica com relação à violência doméstica, Maria da Penha Maia Fernandes, precursora da Lei 11.340/2006, sofreu um caso grave de violência doméstica, e sua repercussão foi de tal ordem que o “Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos”. O Estado brasileiro, sem dar a devida importância aos reiterados pedidos de informações relacionados ao caso, só agiu após ter sido internacionalmente condenado em 2001. Pelo Relatório nº 54/01 da OEA (Anexo 1), foi imposto ao Brasil o pagamento de vinte mil dólares a título de indenização a Maria da Penha e responsabilizado o Estado brasileiro por negligência e omissão no que se refere a esse tipo de violência. As diversas discussões que surgiram e o assédio

internacional para que o Brasil tomasse providências, culminaram em uma proposta elaborada por organizações não governamentais e, posteriormente, modificado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, do Governo Federal e encaminhado ao Congresso Nacional. (DIAS, 2007, p. 14).

Em 07 de agosto de 2006 surgiu a Lei que daria voz às mulheres de todo o país que sofrem com a violência doméstica. E quem deu causa à criação da Lei foi Maria da Penha, juntamente com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A partir da edição do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, com a emenda constitucional 45/2004 definiu-se:

Artigo 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

A recepção automática dos tratados internacionais não é possível, portanto, a sua entrada no direito brasileiro depende de procedimento do Poder Legislativo e Executivo para aprovação. Nesse particular, a Lei Maria da Penha, tem natureza constitucional e decorrente da ratificação dada pelo Brasil a tratados que versam sobre os direitos humanos, internacionalmente assegurados.

A violência doméstica, conforme o conceito invocado pela lei Maria da Penha, retirado da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher define este tipo de violência, em seu artigo primeiro, como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.” (OEA, 1994).

Antes da edição da Lei 11.340/2006, a violência contra a mulher sequer era identificada como afronta aos direitos humanos e, muito embora, ela tenha trazido em seu bojo um caráter também pedagógico, a efetividade dessa parte educadora da lei é bem complexa, já que a violência é capaz de lesionar outros bens jurídicos além da integridade da mulher.

Destarte, a referida lei tornou possível uma maior cobertura dos direitos fundamentais da mulher, e, nesse contexto, a violência contra o gênero saiu do meio privado e o seu combate passou a fazer parte de uma garantia do Estado, no meio público.

3 LEI MARIA DA PENHA COMO PRODUTO DO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

A elaboração da Lei 11.340/2006 consagrou o princípio de proibição de proteção deficiente e vem tentando minimizar e punir a violência de gênero diante da realidade brasileira que cada vez exige mais do legislador e dos aplicadores do direito.

A lei ora analisada surgiu para suprir uma necessidade consagrada pela Constituição Federal de 1988 - os direitos sociais - que amparou os direitos fundamentais da mulher, mas que estava carente de norma infraconstitucional que possibilitasse a sua eficácia de aplicação.

Nesse particular, o Estado brasileiro foi omissivo e negligenciou os casos de violência doméstica, até que a OEA condenou o Brasil pelo descaso e recomendou que o país tomasse medidas relacionadas à criação de políticas públicas a fim de coibir as agressões no ambiente doméstico, como já visto no capítulo anterior.

Em um artigo publicado em 2010, pela Revista Crítica de Ciências Sociais, a fim de contribuir para as teorias feministas do Estado, MacDowell Santos, analisou a absorção pelo país das demandas feministas no combate à violência doméstica contra as mulheres nos últimos vinte anos. A pesquisa seguiu no sentido de saber se a atuação do Estado “[...] é mais restrita ou ampla; traidora ou fiel; viabilizadora ou silenciadora [...]”. (SANTOS, 2010, p. 154).

Durante os estudos, constatou-se que houve alguns momentos institucionais que moldaram de certa forma a atuação do Estado e contribuíram para a implementação de políticas públicas. Um deles foi a edição da Lei Maria da Penha que “reflete um processo de passagem de indiferença do Estado à absorção ampla das demandas feministas no âmbito da formulação de uma política nacional para o enfrentamento da violência doméstica.” (SANTOS, 2010, p. 155).

A partir da entrada em vigor da lei, os debates relacionados à regra começaram a suscitar perante os tribunais. A análise da questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a ADC Nº 19 (Ação Direta de Constitucionalidade) que foi julgada procedente, e a ADI Nº 4424 (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ambas julgadas em 09/02/2012. Vamos nos ater a ADI Nº 4424 para o estudo deste capítulo.

A presente ADI, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, decidiu sobre a natureza da ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher para o fim de considerá-la pública incondicionada, independente do grau de tal lesão.

O Ministério Público do estado de São Paulo ajuizou reclamação em face de decisão de juiz singular que extinguiu a punibilidade de ofensor depois que a vítima renunciou a representação por lesão corporal. A decisão do Supremo foi no sentido de possibilitar ao Ministério Público dar continuidade na ação penal mesmo com a renúncia da vítima o que permitiu uma maior eficácia à aplicação da Lei Maria da Penha. O artigo 16 da Lei 11.340/2006 que fala sobre a natureza da ação para os casos de violência doméstica, tornava insuficiente a eficácia do Estado na resolução das demandas e vinha de encontro a proteção constitucional assegurada às mulheres.

O Procurador-Geral da República aduz em seu requerimento, na presente ação, que deixar à vontade da vítima a representação ou não do agressor é tornar ineficaz a atuação do Estado com relação a coibir e punir os casos de violência doméstica no Brasil e afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, também, que o Estado deve evitar a todo custo um agir em desacordo com o princípio da proibição de proteção deficiente. Assim como segue:

Aponta a transgressão às disposições dos artigos 5º, inciso XLI, e 226, § 8º, da Carta da República e ao princípio da proibição de proteção deficiente, corolário do princípio da proporcionalidade, se vier a prevalecer interpretação diversa. Evoca a primazia da norma mais favorável ao ser humano, vigente no âmbito do direito internacional, como norte interpretativo para os artigos da Lei nº 11.340/2006. (BRASIL, p. 1)

Afirma, ainda, o Procurador-Geral da República:

Consoante aduz, a promulgação da Lei nº 11.340/2006 decorreu da constatação de ineficiência das regras reveladas na Lei nº 9.099/95 para a proteção das mulheres contra a violência doméstica e também da edição do Informe nº 54/2001, por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Nesse último ato, ficou consignado que o Brasil violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), no bojo da denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes. (BRASIL, 2012, p. 2)

Reconheceu, pois, que o surgimento da Lei nº 11.340/2006 já decorreu de uma ineficiência dos juizados especiais em tratar a violência doméstica e também de

uma violação aos direitos humanos da mulher. O caso Maria da Penha constatou a omissão, por uma proteção deficiente por parte do Estado relacionada aos direitos fundamentais da mulher.

De toda sorte, cabe a interpretação da Lei Maria da Penha à luz da Constituição e, por consequência, dos tratados supralegais que deram causa a sua edição. Há que se ter uma consciência constitucional a respeito da igualdade, destacando as ações afirmativas, para eliminar desigualdades historicamente acumuladas.

Assim, sobre a igualdade, são as considerações de Hans Kelsen (apud BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 11):

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha pela Corte Suprema, bem como a notória de Aristóteles segundo a igualdade que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, resta configurado que cumpre ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, no caso, em especial da mulher, diante de todo um histórico cultural de opressão.

Destarte, se a lei desafia os modos tradicionais do direito, ela também sugere a estudar novas alternativas.

3.1 PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Não há como analisar o direito penal sem levar em conta os direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito, o Estado Social e suas peculiaridades.

A Idade Média teve um longo período em que o Estado foi marcado pelo absolutismo e por uma governança regida pela vontade do rei, com poderes de mando ilimitados. No século XVIII, com o marco do Estado Liberal, o pacto social trouxe a ideia de harmonia entre os homens e a liberdade na escolha do governo.

Os direitos individuais que surgem nessa época passam a proteger o indivíduo contra os abusos do Estado. Foi a primeira maneira de defesa de direitos, aqueles protegidos contra a interferência do Estado, os chamados “limites negativos de atuação”, ou a “vedação do excesso”. Com a chegada do Estado Social abarcando inúmeros princípios e novas definições de importantes direitos, surge a necessidade de promover tais garantias pelo Estado. Assim a tutela estatal amplia-se, passando a fazer parte do seu papel também a proibição de sua insuficiência ou omissão, o que relaciona-se com o princípio da proibição de proteção deficiente (CAMBI; GUARAGNI, 2016, p.151).

A tutela estatal ampliada pelo agir suficiente do Estado se verifica ainda mais com a chegada da democracia, fundada nos conceitos de liberdade e igualdade, este último marcado pelo surgimento do Estado Social. Assim como ensina Bobbio (2002, p. 08), “liberdade e igualdade são valores que servem de fundamento à democracia. Entre muitas definições possíveis de democracia, uma delas – a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores.”

De uma realidade pautada somente nos direitos fundamentais negativos, passa-se também a concepção de um Estado garantidor.

Juntamente com o Estado Democrático de direito veio também a Constituição de 1988 a fim de consagrar todas essas ideias garantistas.

A proteção ao bem jurídico fundamental, tem o escopo de fundamentar a intervenção do direito penal. Dentro da teoria do bem jurídico, o bem jurídico é considerado valor de fundamental importância para a sociedade (direito à vida, propriedade, liberdade, entre outros) e, é com base nesses valores que o legislador os elegeu para, então, protegê-los nas mais diversas esferas do direito.

O bem jurídico é, pois: “[...] a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano [...]”. PRADO (2003, p.12)

O Estado garantidor então apoiado nesses valores fundamentais passa a contemplar os princípios da proibição de proteção deficiente e o princípio da proibição de excesso, a fim de dar uma maior proporcionalidade e razoabilidade à sua intervenção.

O princípio da proporcionalidade surgiu com a Carta Magna de 1988 como princípio norteador também de matéria penal, e os institutos da vedação de excesso e proibição de proteção deficiente com seus desdobramentos.

Alerta, também, Sanches Cunha sobre essa subdivisão:

O princípio em estudo não pode compreender apenas a proibição de excesso. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) também a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma eficiente. (CUNHA, 2013, p. 378).

A proibição de proteção deficiente (*ubermassverbot*) ou dever de proteção (*schutzpflichten*) e a proibição de excesso ou limite de proteção (*untermassverbot*), têm matriz germânica e são definidos pelo dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais e os limites à proteção desses mesmos direitos, respectivamente.

Vejamos, como ensina Sarlet (2012, p. 395):

Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros), e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção.

A proibição de proteção deficiente, ao lado da proibição de excesso, compõe o conceito de proporcionalidade e é instrumento constitucional no tocante à aplicação de normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Conforme Broocke (2016, p. 36), o princípio da proporcionalidade vincula o poder estatal a agir conforme a Constituição, na forma que atua para dirimir as colisões entre direitos fundamentais, e pode ser entendido como o “equilíbrio entre o *untermassverbot* e o *ubermassverbot*”.

Importa esclarecer que os conflitos no mundo jurídico inevitavelmente existem e são partes do processo de sustentabilidade do Direito. Podem existir tanto conflitos normativos em sentido amplo ou estrito como também as colisões.

As colisões, são conflitos amplos que ocorrem e se resolvem no campo da aplicabilidade, já que possuem validade intocada. Ocorre muito entre princípios e pode acontecer entre princípios e regras, mas nunca entre regras. O conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico é normalmente solucionado pelo predomínio da regra sobre o princípio de igual hierarquia com o qual ela venha a colidir.

A colisão entre princípios constitucionais é solucionada pelo método de ponderação que avalia: o grau de proteção de um princípio e o grau de restrição em outro; o peso abstrato dos princípios colidentes; o grau de confiabilidade das premissas empíricas utilizadas para concluir que um determinado princípio é

protegido ou restringido; o número de princípios que justificam uma ou outra decisão; e a forma como interagem os princípios que se inclinam para uma determinada decisão (BUSTAMANTE, 2010).

Gomes (2010) coloca que não existe conflito entre princípios, apenas colisões e mesmo assim não se excluem, mas coexistem. Na seara do Direito Civil, são constantes as colisões entre princípios em que cabe a decisão com base na lealdade constitucional. Os Direitos Fundamentais, portanto, estão inclusos nesse contexto.

A proibição do excesso relaciona-se com os direitos fundamentais relativos à liberdade ou de defesa do indivíduo contra o próprio Estado, exigindo deste uma obrigação de não fazer em favor dessa liberdade.

A proibição de proteção deficiente, ainda de acordo com Broocke (2016, p. 36), está ligada a uma “omissão do Estado, ou a um agir insatisfatório que culmina em uma proteção deficiente ao atender a prestação de um direito fundamental”.

Podemos citar, com efeito, o primeiro precedente constitucional onde o Supremo Tribunal Federal utilizou-se do conceito de proibição de proteção deficiente no julgamento que envolveu o recurso extraordinário Nº 41.8376/MS de 2005, a fim de reformar julgado no qual havia sido afastada a possibilidade de extinção de punibilidade relacionada ao casamento do autor do crime de estupro com a vítima. Vejamos a ementa do caso:

EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima – a menor impúbere violentada – com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, §3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei Nº 11.106/2005 – embora esta seja aplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso Extraordinário conhecido, mas desprovido. (REx nº 418376, STF, on-line, 2006, p. 648).

O caso em tela, o acusado, tutor da vítima, buscava a declaração da união estável com a ofendida para que obtivesse, por meio de analogia, a extinção de

punibilidade da qual tratava o artigo 107, VII, do Código Penal, antes da edição da Lei nº 11.106/2005.

De um lado, o direito do recorrente, a liberdade. De outro lado, a tutela de amparo à criança e adolescente em desenvolvimento.

Diante de tal confronto, o Ministro Gilmar Mendes, prolatou entendimento no seguinte sentido:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (REx nº 418376, STF, on-line, 2006, p.688).

A decisão seguiu no mesmo sentido e negou provimento ao recurso, onde o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a extinção da punibilidade do ofensor seria o mesmo que considerar sua conduta criminalmente irrelevante. Considerou também em seu voto a observância da vedação de proteção deficiente.

Outra jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ADI nº 3.510 de 29.05.2008, foi precedente histórico que envolveu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, Lei Nº 11.105/2005 e seu artigo 5º.

O precedente (ADI nº 3.510/2008) se baseou no princípio da proporcionalidade e o desdobramento da proibição de proteção eficiente para tomada de decisão sobre a manipulação de células-tronco:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA PESQUISAS COM CÉLULASTRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. (ADI 3510/2008, STF, on-line, 2008, p. 134).

A presente ementa está relacionada à ação direta de inconstitucionalidade que analisou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e seu artigo 5º, no tocante à manipulação extracorpórea de células-tronco embrionárias para pesquisas com fim terapêutico. Os direitos que se contrapunham no caso eram os direitos fundamentais à vida e à saúde.

Nesse particular, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi no seguinte sentido:

O artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 é, portanto, deficiente, em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco. A declaração de sua inconstitucionalidade, com a consequente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Não seria o caso de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo. (ADI 3510/2008, STF, on-line, 2008, p. 622-623).

Ainda sobre o mesmo voto:

O artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma ao princípio da responsabilidade. (ADI 3510/2008, STF, on-line, 2008, p.630)

O Ministro Gilmar Mendes, que à época era presidente da corte, entre outros poucos Ministros, acrescentaram elementos normativos à Lei nº 11.105/2005, assim como consideraram sua interpretação conforme a Constituição.

Embora a maioria dos ministros não tenha indicado expressamente o instituto da vedação de proteção deficiente, sopesaram e julgaram pela improcedência do pedido, já que o entendimento majoritário foi que a proteção indicada no dispositivo em questão não importava em omissão do Estado com relação ao direito à vida.

Diante do exposto e tomando como exemplo a esfera penal, o Estado não pode agir com excesso a fim de apenar um delito cometido, bem como não deve ser brando na aplicação da punição, sob pena de deixar de tutelar o bem jurídico fundamental do indivíduo ofendido.

De fato, o Estado pode, no pretexto de punir, alcançar a impunidade. Alcançado o limite para a norma e ultrapassando-o, pode-se buscar o socorro na inconstitucionalidade. Por outro lado, a proibição de proteção deficiente está ligada

ao confronto da proteção a determinada garantia, e da norma a qual não a está protegendo a contento.

4 VIOLÊNCIA DE GÊNERO, FAMILIAR E A RESPECTIVA INCORPORAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA

Para compreender melhor a Lei Maria da Penha é salutar atentar para a trajetória histórica do gênero feminino até a atualidade, ainda que em um breve relato.

Não é segredo que a violência de gênero tem sua origem na discriminação histórica contra as mulheres. Assim como ensina Teles (2012, p. 27):

A violência de gênero tem sua origem na discriminação histórica contra as mulheres, ou seja, num longo processo de construção e consolidação de medidas e ações explícitas e implícitas que visa a submissão da população feminina, que tem ocorrido durante o desenvolvimento da sociedade humana.

Nos tempos mais remotos, nas comunidades primitivas, a atuação da mulher era bem-vinda e respeitada e o seu papel era exercido em conjunto com o homem. Dentro deste tipo de sociedade, matriarcal na sua essência, “havia harmonia e respeito nas famílias e, com efeito, se o instituto familiar segue de maneira harmônica, o Estado aproveita o seu sucesso”. Com o aparecimento da noção de propriedade privada o matriarcado deu lugar ao patriarcado, com o intuito de garantir a herança aos filhos. (AQUINO et al., 2008, p.112).

Tomando como próximo exemplo a idade média, um período estático, o Jusnaturalismo ao revés do iluminismo, trouxe à baila concepções de gênero,

[...] acerca da inferioridade feminina em determinados períodos históricos. Trata-se de concepções que objetivaram legitimar, ainda que em períodos distintos, a prática de ações patriarcais contra as mulheres que condicionaram sua evolução social. (ZÍLIO; BOZZA, 2012, p.386)

No Brasil, o palco do desenvolvimento para a instalação da violência de gênero surgiu quando os Portugueses decidiram cultivar cana-de-açúcar no solo brasileiro (século XVI), diante da valorização do açúcar na Europa. Com isso, nasceu a sociedade patriarcal no Brasil, juntamente com os primeiros engenhos e as famílias de portugueses. Na época, vigorava o *pater famílias*, o senhor do engenho,

e sua família, do latim, *famulus*, que significa o conjunto de escravos domésticos, incluindo também nessa conta a mulher, filhos e agregados. (LEAL, p.167, 2004).

Nessa estratificada sociedade do Brasil colônia, cada um tinha seu papel pré-determinado e regras sobre o poder que o marido exercia sobre a mulher. Conforme Leal, o espaço da mulher era restrito a missa e ao lar, pois tida como propriedade do marido (LEAL, p. 168, 2004).

Nesse contexto, é possível fazer referência aos dias atuais, onde a mulher, quando na rua, fora do abrigo da sua casa sofre todo tipo de assédio e a sociedade entende tal situação como natural.

Aquela patriarcal e escravocrata sociedade histórica brasileira ainda causa grandes reflexos para a sociedade atual. Homens e mulheres guardam até hoje, mesmo que inconscientemente, reflexos do patriarcalismo de outrora (IPEA, 2014).

Atualmente, depois de tantas conquistas, a figura da mulher já não é mais a mesma e, por isso, a luta tão relevante pelos seus direitos sociais aponta para um futuro mais digno e equitativo.

No século XX, muitos direitos foram alcançados pelas mulheres como o voto, a entrada no mercado de trabalho, entre outros. Dentre os avanços alcançados pelas feministas, destaca-se o importante amparo ao combate de violência de gênero com a criação das Delegacias da Mulher que multiplicaram-se pelo país, a partir da década de 80 e tornaram-se o principal serviço público de âmbito nacional oferecido ao longo dos últimos vinte anos para o enfrentamento à violência contra mulheres. (SANTOS, 2010).

Até que fosse sancionado o código civil de 2002, o código de 1916 trazia a seguinte redação: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.” (BRASIL, 2016). Daí percebe-se, quão arraigado era o sentimento de dominação do homem sobre a mulher.

Até a Constituição de 1967, não se dirigia à família, mas ao casamento como instituto base para a proteção do Estado. Vejamos em seu artigo 167: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (BRASIL, 1967).

Com efeito, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo proteção especial dirigida à família. Assim, o artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Com a mudança mais relevante em seu §5º,

que estabeleceu os mesmos direitos e deveres entre os cônjuges, dentro da sociedade conjugal. Importantes mudanças na igualdade entre os gêneros foram observados pela Constituição Federal de 1998, porém, trouxeram consigo, também, muitas discussões e dúvidas, encontro de princípios fundamentais e a dificuldade do Estado em praticar os mandamentos constitucionais.

Todas essas mudanças, combinadas com a edição da Lei Maria da Penha e, principalmente, os direitos sociais que a Carta magna trouxe à baila, de certo, contribuíram para que a vítima ao menos tenha armas para lidar com os abusos recorrentes no tocante à violência de gênero.

Em uma pesquisa do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), sobre a tolerância social à violência contra as mulheres, lançada em 2014, os dados apontaram que a visão de uma sociedade patriarcal persiste ainda atualmente. A pesquisa foi realizada por meio do grupo CFEMEA e IPEA através de um questionário em serviços de atendimento às mulheres em situação de violência do estado do Rio de Janeiro, e para obter a resposta sobre o restante da população brasileira, utilizou-se o SIPS (Sistema de Indicadores de Percepção Social), também realizada por meio de um questionário, ambos em 2013.

Segundo o estudo concluiu-se:

Por maiores que tenham sido as transformações sociais nas últimas décadas, com as mulheres ocupando os espaços públicos, o ordenamento patriarcal permanece muito presente em nossa cultura e é cotidianamente reforçado, na desvalorização de todas as características ligadas ao feminino, na violência doméstica, na aceitação da violência sexual. A família patriarcal organiza-se em torno da autoridade masculina; para manter esta autoridade e reafirmá-la, o recurso à violência – física ou psicológica - está sempre presente, seja de maneira efetiva, seja de maneira subliminar. (IPEA, 2014 p. 04).

O departamento de pesquisas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) identificou que até final de 2017, para cada 100 mulheres brasileiras, existia um processo em andamento. Enfatizou que “são 1.273.398 processos sobre violência doméstica tramitando em todo o país”, e ainda que os casos aumentaram em 16% de 2016 para 2017 (CNJ, 2017, on-line).

No dia 08/03/2017, o CNJ editou a Portaria n. 15 que instituiu a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. A presente portaria, consolidou a campanha “Justiça pela Paz em Casa” que a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia lançou a fim de formar estratégias relacionadas à prevenção da violência contra a mulher. (CNJ, 2017, on-line).

Os dados e a edição da Portaria, acima referida, só vêm confirmar uma atual necessidade de enfrentamento da violência de gênero pelo viés cultural ou preventivo, não bastando mais somente a punição para uma total eficácia nesses casos.

O Instituto Carioca de Criminologia explica que o complexo fenômeno de funcionamento das sociedades capitalistas e patriarcais deve ser observado pelo Sistema de Justiça Criminal para que a prevenção nos casos de violência de gênero seja eficaz. Vejamos:

[...] o SJC é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas [...] e, muito menos, para a transformação das relações de gênero (ANDRADE, 2003, p. 86).

Assim, levando em conta que o próprio sistema é um sistema de violência institucional que pune e oprime para ver aplicada de maneira eficaz suas regras, mas esquecendo que a própria violência de gênero inicia-se em um ambiente de controle e opressão. E, ao incidir sobre a vítima,

[...] a complexa fenomenologia de controle social, que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente se inicia na família, o SJC duplica, ao invés de proteger, a vitimação feminina [...] (ANDRADE, 2004, p. 75).

Tais propostas como a da Ministra Carmem Lúcia, segue, pois no caminho certo para um enfrentamento mais condizente com o modelo preventivo no combate à violência de gênero. Embora ainda pendente de muito trabalho, o país é capaz de construir um sistema de justiça criminal mais voltado para a causa da desigualdade e violência, verdades históricas nas relações sociais patriarcais.

A Lei Maria da Penha, por certo, trouxe grandes avanços na tentativa de minimizar o problema deste tipo de violência, e trata em seu artigo 5º do conceito de violência doméstica e familiar:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; [...] (BRASIL, 2006).

A recepção do conceito de violência doméstica e familiar pela referida lei, culminou em um texto de interpretação extremamente aberta e recebe críticas da doutrina até hoje. De fato, a interpretação quanto ao âmbito de incidência da norma é realmente confusa e desperta críticas como a de Nucci (2014, p. 864), por exemplo, explicando que a vítima da violência doméstica deve fazer parte da relação familiar, pois “considerar (hipoteticamente) uma agressão de uma mulher que está apenas visitando outra casa, ainda que no ambiente doméstico, a aplicação da agravante da Lei Maria da Penha, seria generalizar a aplicação da lei especial”.

O termo mulher no dicionário *online* da língua portuguesa (2018) significa “pessoa do sexo feminino; [...]”, e gênero, por sua vez, é um “conceito generalista que agrega em si todas as particularidades e características que um grupo, classe, seres, coisas têm em comum [...]”. Butler (2010, p. 26) explica que “sexo é definido como natural e gênero como construído socialmente” e, portanto, são inúmeras questões complexas que envolvem as questões de gêneros, incluindo-se o matriarcado, o patriarcado, o feminismo e o machismo.

A distinção entre os dois termos, contribui para a compreensão da violência doméstica, pois enquanto o termo mulher é condição biológica do ser, o gênero é um conceito que agrega todas as características construídas por determinado grupo dentro de uma determinada sociedade e a violência de gênero se apresenta no contexto das construções sociais de gênero que quebraram os paradigmas acerca do que é ser mulher, para além da esposa, mãe e dona de casa.

Assim conclui Alferes, Gimenez e Alferes (2016, p. 20),

[...] a violência de gênero é espécie de violência contra a mulher. E essa última, violência contra a mulher, por sua vez, pode ser espécie da violência doméstica. Assim, nem toda violência contra a mulher é objeto desta lei, só o sendo quando ocorrer nas condições delimitadas pela lei (âmbito doméstico, familiar ou relação de afeto) e desde que baseados no gênero.

Isso nos atenta para que antes da criação da Lei Maria da Penha, a violência de gênero no âmbito doméstico, não era considerada pela sociedade como crime porque não se reconhecia também a violência doméstica como tal. A violência de gênero acontece baseada no papel criado em torno do indivíduo, culturalmente, e não é exclusividade da mulher, portanto. A violência contra a mulher, nesse contexto, ocorre, então, pelo fato da mulher estar inserida no âmbito doméstico e familiar e por ser considerada na cultura machista de gênero, um ser que deve ser submisso ao homem.

Suscitar essas diferenças não é simples preciosismo do termo, mas é condição para um satisfatório reconhecimento da realidade da violência doméstica e arma para o seu combate.

Para melhor compreender a Lei Maria da Penha sua efetividade e a incidência e prevalência da violência contra a mulher, importa comparar o Brasil com outro país, no caso Portugal.

4.1 DIREITO COMPARADO

4.1.1 Direito Português

4.1.1.1 Convergências e Diferenças

Passaremos a tratar agora algumas das convergências e diferenças entre o regime jurídico brasileiro, no tocante à Lei Maria da Penha e a Lei n.º 112/2009, que estabelece em Portugal o regime jurídico de prevenção à violência doméstica, proteção e assistência das vítimas.

Conforme acima mencionado, a legislação que protege e atua na prevenção da violência doméstica em Portugal é a Lei Nº 112/2009, bem como o art. 152 e 152 – A, do Código Penal Português. (PORTUGAL, 2009).

A legislação portuguesa é embasada parte na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, aprovada em 14 de dezembro de 2012 pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, denominada Convenção de Istambul.

Já aqui no Brasil, por influência da Organização dos Estados Americanos (OEA), o país ratificou em 27 de novembro de 1995 a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada Convenção de Belém do Pará (ver anexo 1).

No direito brasileiro, pela Convenção de Belém do Pará, o art. 7.º, alíneas “c” e “d”, estabelece,

[...] que os membros comprometem-se a incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, e medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher

de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade. (OEA, 1994).

Enquanto em Portugal, nos termos do art. 4.º, n.º 1, da Convenção de Istambul os Estados devem:

Adotar medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para promover e proteger o direito de cada pessoa, em especial das mulheres, de viver sem violência, tanto na esfera pública como na esfera privada. (COE, 2011, p.5).

Percebe-se que Portugal estendeu o direito de proteção contra a violência a todas as pessoas, tanto na esfera pública, quanto na privada. A legislação não se limitou a dar proteção somente ao público feminino.

Outra questão de particular importância é que em Portugal embora os crimes praticados contra as mulheres sejam considerados de natureza pública incondicionada, admite-se a suspensão do processo, suspensão da pena e transação penal (PORTUGAL, 2018, on-line), enquanto, no Brasil, a impossibilidade da aplicação da Lei 9099/95, tornou essas medidas impossíveis.

A suspensão provisória do processo na legislação portuguesa é interligada a um sistema de proteção à vítima e aos centros de atendimento especializados conforme determina a Lei N.º 112/2009, sendo que um dos objetivos desse sistema está em seu artigo 31.1b, como segue:

[...] Assegurar a aplicação de medidas de COACÇÃO e REACÇÕES penais adequadas aos autores do crime de violência doméstica, promovendo a aplicação de medidas complementares de prevenção e tratamento (art. 3.i). Sendo uma medida protetiva (medida de COACÇÃO urgente), o juiz poderá sujeitar, mediante consentimento prévio, a frequência de programa para arguidos em crimes no contexto de violência doméstica (PORTUGAL, 2009).

Em Portugal existe uma rede social de proteção à vítima constituída pelo órgão da administração pública responsável pela cidadania e igualdade de gênero, pelas casas abrigo, pelos centros de atendimento e centros de atendimento especializados, inserindo-se ainda os grupos de ajuda mútua.

Existe, também, uma medida de proteção muito efetiva, a tele assistência, não prevista na legislação brasileira e que, muito provavelmente, pelo seu custo, ficaria inviável aqui no Brasil. Esta prática consiste no fornecimento de um aparelho celular e formação de tele atendimento 24 horas para as vítimas de violência doméstica. Os mesmos aparelhos ainda possuem chip de localização que permite

de forma segura e exata triangular a posição e local onde se encontra a vítima, em caso de agressão extrema. (ÁVILA, et al, 2014, p.178)

Além disso, Portugal possui o apoio e esforço da polícia portuguesa em mapear os agressores, com a finalidade de identificar os indivíduos que possam representar riscos a segurança da mulher, inclusive fora do âmbito doméstico.

No caso do Brasil existe o projeto de casa lar para abrigar mães e filhos vítimas de violência doméstica, mas que pelo seu elevado custo encontram-se em condições precárias. Apesar de tal procedimento estar previsto na Lei Maria da Penha.

Quanto à celeridade processual, Portugal sai na frente, pois para todos os efeitos jurídicos, no processo português, o crime de violência doméstica pode se enquadrar dentro do procedimento comum ou de qualquer outro procedimento especial. A única preocupação é que o rito escolhido esteja apto para uma melhor proteção da vítima, em caráter de urgência. Os casos de violência doméstica, então, seguem um tipo de rito de urgência, disposto no art. 28 da lei 112/2009, com a intenção de solucionar o caso o mais breve possível, tramitando, inclusive, no período de férias forenses. (ÁVILA, 2014, p.156)

No Brasil, com o advento da Lei Maria da Penha, foram instituídos os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, possuindo estas, competência para julgar no âmbito cível e criminal com o apoio das Delegacias Especializadas, conforme disposição do artigo 34 da Lei 11.340/2006, “à instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária” (BRASIL, 2006).

Verifica-se que a legislação brasileira, buscou isolar o processo e os procedimentos decorrentes da violência doméstica, tendo o cuidado de criar um sistema especializado para analisar os fatos e a conduta específica do agente. Entretanto, peca na questão de não aplicar um regime de urgência no desenvolvimento do processo - embora tenha previsto a urgência para os casos onde cabem as “medidas protetivas de urgência” - bem como não admitir a transação penal, sursis ou mesmo a suspensão condicional da pena, o que lhe retira o caráter restaurativo e lhe promove uma morosidade maior do que aquela que se espera do judiciário. (ALFERES: GIMENEZ; ALFERES, 2016, p.93).

Desde 2010, criou-se na legislação portuguesa, um programa, para agressores masculinos, que tenham sido condenados a mais de 18 meses de pena ou trabalhos a comunidade. O PAVD, Programa para Agressores de violência Doméstica, divide-se em três etapas distintas:

A primeira é a estabilização, que inclui o atendimento individual, a orientação para conscientização do crime e das mudanças necessárias para evitar a repetição da conduta. A segunda fase é a psicoeducacional, que são reuniões em grupos. E a terceira é a prevenção de recaída. O resultado deste programa, segundo Avilá (2014, p.182) foi que,

[...] o PAVD incluiu um componente de avaliação externa, levado a cabo por um centro de investigação autónomo, que nos anos de 2011 e 2012 indicou que os utentes que o finalizaram apresentaram maior autorresponsabilização pelo comportamento criminal, ganhos de interiorização de limites pessoais e respeito ao outro, bem como redução do risco de violência e de comportamentos ligados ao alcoolismo.

Na legislação brasileira, o agressor também tem um programa de recuperação e reeducação esclarecendo a conduta criminosa, mas este é vinculado aos juizados de violência doméstica, e em nada se parece com o PAVD de Portugal.

Segundo Avilá, (2014, p.191), a crítica que se lança sobre o sistema português é a legislação ter restringido seu âmbito de proteção ao crime do art.152 do Código Penal português, deixando de fora da proteção as vítimas mulheres de crimes graves, como as lesões agravadas pelo resultado, os homicídios tentados, bem como os “casos de estupro não submissíveis ao tipo do art. 152”, o que, sem dúvida, é uma grande falha da lei.

Para um melhor entendimento segue o artigo do código penal português, que resume os crimes tratados como violência doméstica:

ART. 152.º VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: 1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 - No caso previsto no número anterior, se o agente: a) Praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima; ou b) Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas

sem o seu consentimento; é punido com pena de prisão de dois a cinco anos. 3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar: a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos; b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos. 4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica. 5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância. 6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos. (PORTUGAL, 1984).

4.1.1.2 Conclusões

Não há como dizer qual é o melhor sistema, ou qual está melhor amparado para solucionar os casos de violência doméstica, visto que passados mais de doze anos da criação da Lei Maria da Penha, e quase dez da Lei 112/2009, os casos de violência doméstica continuam a persistir.

Embora todo o esforço de Portugal para coibir as práticas de violência doméstica, o gráfico do Instituto Nacional de Pesquisas daquele país, mostra abaixo um índice de crescimento que só aumenta, ou, na melhor das hipóteses, mantém-se estabilizado, destacando-se apenas um fato atípico: o aumento de homens como vítimas de violência no âmbito do lar.

| Período de referência dos dados (1) | Sexo | Lesadas/os/ ofendidas/os identificadas/os em crimes de violência doméstica contra o cônjuge ou análogo registados pela PSP e GNR (N.º) por Sexo; Anual (2) | |
|-------------------------------------|------|--|--------|
| | | Localização geográfica | |
| | | Portugal | N.º |
| 2017 | HM | | 28 460 |
| | H | | 5 913 |
| | M | | 22 547 |
| 2016 | HM | | 28 180 |
| | H | | 5 594 |
| | M | | 22 586 |
| 2015 | HM | | 27 585 |
| | H | | 5 210 |
| | M | | 22 375 |
| 2014 | HM | | 27 909 |
| | H | | 5 261 |
| | M | | 22 648 |
| 2013 | HM | | 27 612 |
| | H | | 4 937 |
| | M | | 22 675 |

Lesadas/os/ ofendidas/os identificadas/os em crimes de violência doméstica contra o cônjuge ou análogo registados pela PSP e GNR (N.º) por Sexo; Anual - Direcção-Geral da Política de Justiça

Nota(s):

(1) No ano de 2008 estão incluídas/os as/os agentes/suspeitas/os identificadas/os em crimes registados pela Polícia de Segurança Pública, Guarda Nacional Republicana, Guarda Nacional Republicana - Brigada de Trânsito e Guarda Nacional Republicana - Brigada Fiscal. Por motivos de extinção destas forças policiais, a partir de 2009 não se incluem dados da Guarda Nacional Republicana - Brigada de Trânsito e Guarda Nacional Republicana - Brigada Fiscal.

(2) Os valores de 2017 são provisórios. Foram retificados alguns valores de 2008 a 2016. Em 2017 foi retificado o enquadramento da Polícia Municipal, passando esta entidade a ter autonomia como entidade policial. Por este motivo os dados desta Polícia deixaram de estar integrados na Polícia de Segurança Pública, tendo os dados estatísticos sido atualizados em conformidade.

Última atualização destes dados: 28 de março de 2018

Figura 1: dados da violência em Portugal

Fonte: Portugal (2018)

Por outro lado, segundo reportagem de revista digital feminina (DELAS, 2017), em Portugal, houve um aumento de 2% nos índices de violência doméstica, confirmando que os procedimentos implementados pela lei portuguesa, ainda precisam de ajustes. Entretanto, pôde-se concluir que o aumento dos casos de violência doméstica, deu-se, também, pelo fato das vítimas não mais se calarem e não por ineficiência da lei, somente. De certo, que o aumento deve ter como motivo, maior conscientização pelas mulheres de que não podem mais sofrer caladas qualquer tipo de violência no lar, por seus companheiros, ou ainda na rua.

Eis parte da reportagem da revista digital:

A violência doméstica aumentou quase 2% em 2016 face ao ano anterior, com 27.291 ocorrências registadas pelas forças de segurança, que envolvem mais de 32 mil vítimas. Os dados são do Relatório Anual de Segurança Interna (RASI), divulgado no final da semana passada, que indica que as 27.291 ocorrências de violência doméstica, registadas em 2016, representam um aumento de 1,87% face aos 26.783 casos em 2015 [...] (DELAS, 2017).

Enquanto verifica-se que o legislador brasileiro tentou coibir a prática da violência doméstica de forma preventiva, associando inclusive a possibilidade da prisão nos casos de ameaça à vida da vítima, não encontra ferramentas adequadas para punir os atos praticados, uma vez que as penas dificilmente passam de um mês a três anos.

O legislador português vinculou à lei as figuras descritas no art. 152 do Código Penal daquele país, não incluindo todas as formas de agressão contra a mulher, o que resultou num cuidado maior para um tipo de crime em detrimento dos casos de violência mais graves, como estupros e tentativas de homicídio.

Parece nítido, que a maior arma de combate à violência doméstica ainda é a prevenção, tanto quanto a realização de um sistema mais dinâmico e ágil. Essa seria a solução ideal para ambos os países, mas, principalmente para o Brasil que ainda possui um processo moroso.

De outro norte, o estabelecimento de programas aos agressores (PAVD – Programa para Agressores de Violência Doméstica), tipificado no Codex Português, com a imposição de cursos, palestras e acompanhamentos, inclusive, psicológicos e investigativos, numa mescla de processo punitivo e restaurativo, e a fiscalização no intuito de coibir a reincidência, parece ser daquelas boas práticas a serem copiadas. (ÁVILA, 2014, p. 182)

Por fim, mas de suma importância, é o viés cultural e a frequente necessidade da reeducação da sociedade no sentido do respeito à igualdade de gêneros, bem como de manter vívidas as pesquisas, estudos dos casos emergentes, numa constante atualização e crítica quanto à eficácia do sistema utilizado, tanto para a prevenção, quanto para a punição dos casos recorrentes.

Também importa compreender como os sistemas jurídicos, da forma como são elaborados, colaboram ou facilitam a aplicação de leis especiais como é o caso da Lei Maria da Penha, que envolve questões culturais complexas e severamente arraigadas no cotidiano das sociedades. Dessa forma, no próximo capítulo se fará breve reflexão acerca do garantismo como orientador da legislação brasileira e sua influência na efetividade da Lei Maria da Penha.

5 O GARANTISMO E A EFETIVIDADE: O GARANTISMO COMO EXCLUSIVA CONDIÇÃO DE PODER PUNITIVO

Como observado nas reflexões anteriores a violência contra a mulher é situação que envolve elementos culturais, sociais, de gênero e legais, portanto, complexa, exigindo que a legislação seja específica e rígida, porém, que atenda aos preceitos humanistas as partes.

Dessa forma, importa a análise da Lei Maria da Penha sob o contexto garantista em contraste com a necessária efetividade na aplicação da Lei.

5.1 TEORIA GARANTISTA

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial amplia-se um movimento mundial, que já havia iniciado de forma mais regionalizada especialmente com as revoluções liberais, em prol dos Direitos Humanos e das garantias constitucionais como fundamentos da Lei, da Justiça e do Estado. As garantias constitucionais vieram para superar o mero legalismo, do estado de Direito e da centralidade no princípio da legalidade para um Estado Constitucional de Direito.

Gradualmente, esse entendimento foi sendo aperfeiçoado reconhecendo-se que também era preciso avançar para compreender “como juridicizar o Estado Social, como estabelecer ou inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos” (BONAVIDES, 2005, p. 38).

Foi a partir desta percepção que Ferrajoli, em 1995, apresentou a Teoria Geral do Garantismo que, segundo ele se dava em função da crise da legalidade, da inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas e pela situação de debilidade do Estado Nacional (FERRAJOLI, 1995). O garantismo, em suma, se opõe veementemente ao autoritarismo estatal das suas instituições.

De outra parte, o garantismo é também uma teoria que se preocupa com os problemas da validade e da efetividade e busca uma aproximação destes elementos, entendendo que são diferentes, que podem existir sozinhos, mas que em conjunto são mais fortes e coerentes (FERRAJOLI, 1995).

O que se depende, portanto, é a construção democrática e sem viés ideológico da justiça e do Direito, primando pela democracia como fundamento da legislação e priorizando os elementos da equidade em todo e qualquer processo.

Igualdade entre as partes, imparcialidade do juiz, igualdade de oportunidades processuais, ampla defesa, a garantia que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação, que o “papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações” (FERRAJOLI, 2010, p. 564). Todos estes aspectos são elementos do devido processo legal e fundamento do estado democrático de direito.

No contexto do Direito penal Ferrajoli (2010) define os dez axiomas do garantismo penal, quais sejam: Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; princípio da necessidade ou da economia do direito penal; princípio da lesividade ou ofensividade do evento; princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito; princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação; princípio do ônus da prova ou da verificação e o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Em linhas gerais, portanto, o garantismo é um modelo que se funda nos direitos humanos e nos princípios fundamentais que devem ser a base da Constituição nacional que, por sua vez, é a orientadora não somente do Direito, mas do Estado, das Políticas Públicas e das normas jurídicas. Ferrajoli (2010) explica que em um sistema jurídico concebido como Estado de direito, na sua mais forte acepção a lei não é só condicionante, mas está condicionada pelo respeito aos direitos fundamentais, sendo o garantismo um paradigma de caráter geral, que projeta mecanismos normativos de sustentação à Constituição.

E, seguir os axiomas é o direcionamento dado pelo garantismo para que o Direito Penal seja exercido de forma adequada e legítima, tanto no processo penal, quanto do Direito Penal. Importa que, para além de sua positivação os axiomas devem ser efetivamente seguidos na prática jurídica (ZUZA, 2016), afinal não há incompatibilidade entre a punição e a garantia dos direitos fundamentais (SILVA-SANCHEZ, 2014).

Utilizando a Teoria Geral Garantista como base, importa avaliar o princípio da proporcionalidade sob os enfoques da proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, na aplicação efetiva da lei Maria da Penha.

5.2 A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA: PUNIÇÃO E PREVENÇÃO

Considerando o já exposto sobre o contexto da violência contra a mulher no Brasil e a importância da lei Maria da Penha como meio para coibir e punir essa violência específica, cabe avaliar se a condução garantista a que se submete a legislação nacional traz a efetividade necessária a legislação tanto na aplicação penal, quanto na prevenção.

Ainda que não esteja explícito na Constituição, o princípio da proporcionalidade é base da legislação nacional, inclusive da Carta Magna que expressa os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, ambos correlatos a proporcionalidade, exigindo-a na aplicação da lei.

No caso da Lei Maria da Penha, que nasceu da ausência de proporcionalidade social, ou seja, o tratamento dado a pessoa de acordo com o seu gênero é de tal forma díspare que exigiu a necessária intervenção legal, como meio de tentar diminuir a incidência e prevalência de crimes contra a mulher, há que se questionar até que limite os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade devem ser centrais nas decisões processuais a favor do réu, de forma que isto não afete diretamente os direitos da vítima que nesta relação de gênero tem os seus direitos fundamentais cotidianamente infringidos. Afinal, a proporcionalidade enquanto princípio vem para equilibrar as decisões, como explica Barros (2000, p. 25):

[...] o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração por este princípio, define-se que os atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação aos seus súditos. Dessa forma, esse princípio permite a melhor condução das decisões jurídicas que envolvem conflitos de Direitos.

A proporcionalidade, consiste na análise do caso concreto de uma relação de causalidade entre o meio empregado pelo Estado e o fim alijado. Este princípio quer, portanto, trazer o equilíbrio e a harmonia para decisões difíceis e traduz a

ponderação de direitos e interesses à luz do caso concreto como melhor forma de aplicação e efetivação destes mesmos direitos.

Como não existem Direitos Fundamentais absolutos, nem mesmo o direito à vida, já que ele sozinho não garante nada, em caso de conflito a compatibilização deles, no caso concreto, se dará utilizando-se para isso o princípio da proporcionalidade, harmonizando-os pela redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos (colisão com redução bilateral) ou de um deles apenas (colisão com redução unilateral), se a primeira providência for inviável. Poderá ainda, nos casos de conflito em que o exercício de um dos direitos fundamentais é reciprocamente excludente do exercício do outro, esse princípio indicar qual o direito está ameaçado de sofrer a lesão mais grave, caso venha a ceder ao exercício do outro, prevalecendo o direito ameaçado, excluindo a realização do outro direito (colisão excludente) (RODRIGUES, 2006).

A Lei Maria da penha traz em seu bojo a proporcionalidade na aplicação do caso concreto, porquanto se deve considerar o tipo de agressão, sua intensidade, se houve reincidência, ou seja, a proporcionalidade estará presente desde a constatação da agressão até a aplicação da penalidade prevista na lei, conforme o artigo 44 da referida, sendo a penalidade sempre proporcional ao tipo de agressão cometida (D'AGOSTINI, 2010), sua reincidência e levando em conta a história pregressa da relação entre réu e vítima (se marido, pai, desconhecido).

Ocorre que no caso específico da violência contra a mulher, ainda que se defenda o garantismo e os princípios implícitos ou explícitos da Constituição brasileira como orientadores das práticas jurídicas, há que se levar em conta a cultura machista, significativamente enraizada em nossa sociedade e que não tem se curvado as penalidades ora impostas.

Neste sentido, o que se observa é que pouca efetividade tem tido a lei, no sentido de prevenção, diminuindo os casos de violência doméstica, embora este seja um dos seus objetivos, conforme explica Souza (2008, p. 36):

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

peças a exigência de que a violência tenha ocorrido no âmbito físico-espacial do lugar de convivência, podendo ocorrer em qualquer lugar

Não se pode, portanto, acreditar que a legislação específica por si só possa quebrar esta cultura de violência de gênero. Há que se pensar em políticas públicas mais amplas aliadas à ampliação do poder punitivo. Afinal pensar na aplicabilidade de uma Lei, como é o caso da Maria da Penha, requer sair das salas judiciárias e alcançar a sociedade. Uma Lei como esta somente é efetiva quando extrapola as questões processuais e influencia o comportamento social.

Leal (2006) explica que a própria lei Maria da Penha tem por objetivo coibir a violência contra a mulher, e que isso exige um conjunto articulado de ações do poder público e de aliados não governamentais, elaborando e conduzindo medidas integradas de prevenção à violência, de repressão ao ofensor e de assistência a ofendida e ainda ações que efetivamente busquem a prevenção e não apenas leis que punem quando o crime já foi cometido, conforme definido em seu artigo primeiro:

Art. 1º: Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

Lima (2011) explica que as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha não são instrumentos para assegurar processos. A finalidade das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas.

Dessa forma, a Lei nº 11.340/2006 expressa o compromisso de o Estado brasileiro de se posicionar em relação à violência contra a mulher no âmbito do núcleo familiar, atendendo aos tratados internacionais dos quais é signatário. Nesse ponto, entende-se que tanto a Constituição como os tratados internacionais foram os inspiradores da formulação da referida lei, atendendo, inclusive tardiamente, essa necessidade social. Representa, assim, avanço considerável e permite que se trabalhem as questões de violência doméstica e familiar dentro do contexto especial, pelo qual a família é tratada pela Constituição.

São diversas as medidas protetivas e preventivas dispostas na lei. Entre elas destacamos as medidas protetivas de urgência, conforme art. 22:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. § 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. § 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso. § 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial. § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 2006).

Observa-se que o legislador preocupou-se em oferecer possibilidades diversas de atuação do magistrado, no sentido de impor medidas restritivas ao acusado e protetivas a vítima. Já com relação ao amparo a vítima, destacamos ao art. 23:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos (BRASIL, 2006).

Novamente encontramos na Lei um claro caminho de integração entre a letra fria da Lei e as necessidades efetivas da vítima, no caso da mulher em violência doméstica, de muitos casos em que a mulher não tem qualquer condição de se manter ou manter aos seus filhos em uma situação de emergência e muito

menos de defender-se ou proteger-se do seu agressor. Nesta situação, cabe a devida intervenção estatal direta e profunda, de acordo com cada caso concreto

Como se observa a Lei traz a preocupação com a proteção a vítima e a prevenção para evitar situações mais graves e, muitas vezes, fatais. Entretanto, as políticas públicas mais amplas devem ser efetivadas, pois, a lei traz as possibilidades, as orientações e os deveres do Estado, inclusive ampliando as possibilidades de ação, para além das discussões rasas, quando o caso é de vida ou morte, acerca dos direitos fundamentais e da proporcionalidade, para efetivamente buscar a defesa da vida. Mas a lei não oferece estrutura, profissionais capacitados, equipe multidisciplinar, acolhimento e outros elementos essenciais e que deve, para atender a lei, serem implementados pelo Estado.

Já há alguns anos algumas políticas públicas tem sido implementadas, algumas anteriores a Lei Maria da Penha, outras procedentes dela. Há, portanto, no Brasil um movimento que busca elaborar e efetivar políticas sociais.

A partir do movimento e do engajamento de entidades jurídicas, culturais e sociais foi se construindo gradual avanço na busca pela igualdade nos direitos de gênero o que impulsionou ações preventivas e serviços especializados de suporte à mulher, como as Delegacias de Defesa da Mulher, as Casas-Abrigo e os Centros de Atendimento Multiprofissionais. (SANTI; NAKANO; LETTIERE, 2010). Elemento fundamental na construção da proteção a mulher vítima da violência doméstica, estão as casa-abrigo, locais que recebem, provisoriamente, as mulheres – e seus dependentes – vítimas de violência doméstica grave por parte dos parceiros. (AZEVEDO; GALLO; WILLIAMS, 2010).

O fundamento base para a existência desses abrigos é o acolhimento. Programas desenvolvidos em abrigos devem centrar na estabilização e segurança das mulheres. Estas instituições para melhor cumprir sua função protetiva e também acolhedora, devem levar em consideração que estas mulheres entram no abrigo geralmente após um episódio agudo de violência, e enfrentam problemas de segurança em curso, bem como se encontram em alto risco de regresso ao relacionamento abusivo.

As mulheres quando conseguem abandonar a relação que comporta a violência precisa desse apoio, sendo que uma das decisões mais difíceis é realmente esse processo de separação. Em um estudo de Miranda, Paula e Borbin (2010) com mulheres vitimizadas por violência conjugal física ou violência conjugal

física grave (51,5 e 59,3% respectivamente), separaram-se de seus companheiros, porém quase dois terços voltaram a conviver com ele.

Muitas políticas públicas como a destacada já foram implementadas no país. No entanto, algumas pouco efetividade tem ou tiveram dado, especialmente a gestão deficiente e os graves problemas políticos do Brasil, que tendem a quebrar ações sociais em função de interesses partidários. De outro lado, as políticas públicas, em sua maioria destinam-se a proteção da mulher, porém, poucas atacam a causa da violência de gênero: o homem e seu machismo (FERNANDES, 2013).

Além disso, ainda que a Constituição e seus princípios garantistas devam continuar a ser a companheira inseparável do juiz e da justiça e os princípios da imparcialidade e da proporcionalidade, seus principais orientadores, isso não o faz inerte, vazio, nem mesmo deve impedir que a lei, que somente existe para regular as questões sociais que assim exigem, e o processo penal, se coloquem de forma efetiva em uma situação que definitivamente não estaria sendo devidamente considerada em sua gravidade. Isso permitiria ao juiz agir de forma parcial? Não, mas permite que mais rigor seja considerado, no curso do processo, como uma das alternativas para evitar que se mantenham ou aumentem os casos fatais, já numerosos na sociedade brasileira, quando desse tipo específico de violência.

A lei, pela sua construção, tem efetividade social, e nasce de um sentimento de mudança na história das mulheres e da sociedade que vivem refém da violência imposta a mulher e o processo penal também deve ter como instrumento central e motivador, a correção deste erro histórico e recorrente de violência, porém ainda se está diante de uma integração profunda entre a justiça, os magistrados, equipe multidisciplinares, o Estado e a própria sociedade para fomentar uma estrutura física e de recursos humanos que tenham capacidade de intervir e transformar a cultura social que naturalizou a violência doméstica contra a mulher (FERNANDES, 2013).

De outro lado, é fundamental que se criem políticas de atendimento ao homem que comete a violência doméstica, inclusive durante o cumprimento da pena e mesmo aquele que nunca cometeu agressões à mulher deve, de alguma forma ser atingido, com informações, ações na comunidade ou mesmo a educação ampla de forma a tentar diminuir as ocorrências desta tão comprometedor situação do cotidiano das nossas sociedades.

Neste sentido, o garantismo positivo que orienta nossas legislações se apresenta como um aliado já que, como explica atua como fiscalizador do excesso

do Estado ou de deficiência na proteção. O direito penal tem como objetivos tanto limitar o poder de intervenção do Estado como para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo (CAIXETA; NUNES, 2014). Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo (ROXIN, 1998).

Por fim, Fernandes (2013) defende que apesar das dificuldades a lei Maria da penha é um marco, “tem efetividade atemporal, já que o processo protetivo e criminal subsiste no tempo”, não é apenas repreensiva, mas protetora e educadora, tem medidas cautelares específicas que permitem ao magistrado, mantê-las para além do que determina o Código de Processo Civil e estimula a criação de ações sociais aplicadas diretamente na sociedade. Com tudo isso ainda falta maior integração para efetivar resultados positivos em longo prazo.

6 CONCLUSÃO

A violência contra a mulher é tema que tem gerado há anos número significativo de vítimas que mereceu desde o ano de 2006, Lei específica, que recebeu o nome de Maria da Penha, umas das vítimas desse tipo de violência e que, pela ineficiência legal, há época, somado as características machistas e patriarcais da sociedade brasileira e das próprias decisões judiciais e jurisprudenciais, sofreu consequências físicas irreversíveis, além de sofrimento psíquico que ferem diretamente a dignidade humana.

Os procedimentos jurídicos, bem como a legislação geral e especial que regulamentam as situações de violência doméstica, no entanto, não são temas resolvidos ou de entendimento coeso. Pelo contrário, instiga e promove intenso debate e questionamentos que potencializam e estimulam a busca de novos e diferentes caminhos na legislação e nas decisões jurídicas.

A justiça tem sido muito mais efetiva na aplicação da Lei, porém, nem a inovadora e importante Lei Maria da Penha que, sem qualquer dúvida, é um marco tem conseguido frear os casos de violência contra a mulher no país.

Obviamente é preciso compreender que para além da análise geral da legislação e sua aplicabilidade judicial, é fundamental que cada caso e cada situação específica sejam devidamente analisados, assim como as exceções à regra. No caso da violência contra a mulher, pode-se delinear claramente quão paradoxais são o Direito, a legislação penal e a atuação do judiciário, em geral, e do magistrado, em particular.

A violência doméstica e familiar contra a mulher aparece como um exemplo efetivo e complexo desse paradoxo. Os milhares de casos que ocorrem no Brasil, mostram um cenário que exige cuidado e maior proteção às vítimas, já que são muitos os casos em que as agressões psíquicas ou físicas iniciais, resultam em invalidez permanente ou em morte, mesmo nos casos em que medidas cautelares que proíbem a aproximação do acusado de agressão à vítima, tenham sido definidas legalmente visando a maior proteção.

Se de um lado temos as garantias individuais e o necessário princípio da proporcionalidade que orientam a aplicação equânime e fundadas nos direitos fundamentais a todos os envolvidos, de outro lado, temos uma situação grave de violência, arraigada na cultura social machista e que impõem ações mais

contundentes e que exigem rigor e decisões judiciais, que por vezes, devem cuidar para evitar a proteção deficiente que pode causar danos ainda maiores as vítimas.

Sem qualquer forma de crítica ou negação aos princípios garantistas, é preciso compreender para além das penalidades impostas nos casos concretos, faz-se necessário um projeto maior em que, aliadas à lei, políticas públicas sejam elaboradas visando quebrar os paradigmas sociais que cultuam o machismo e trabalhar efetivamente na prevenção.

São diversas as situações que podem fomentar a reflexão e a condução de análises que contribuam para a melhoria das normas, decisões judiciais e das etapas do processo penal. Afinal, a evolução das Leis e dos procedimentos processuais no âmbito do judiciário, colaboram diretamente para o bem-estar social. No caso específico da violência doméstica, para trabalhar a prevenção, reincidências, julgamentos ou decisões jurídicas pouco eficientes, é fundamental considerar as questões culturais, sociais e educacionais envolvidas nesses casos. Os aspectos envolvidos na violência doméstica, por fim, se apresentam como importantes elementos de debate sobre os fundamentos que regem nossa legislação e as decisões jurídicas, merecendo atenção especial ao princípio da proporcionalidade, e os elementos garantistas, bases da nossa Constituição, mas que devem ser aplicados em conformidade com os casos concretos vivenciados em nossa sociedade.

Considerando a Lei Maria da Penha, que, por ser Lei especial, não precisa necessariamente atender a lei geral, pois, visa objetiva e especificamente, atender a uma questão social grave e, em sua legislatura, admite medidas jurídicas “excessivas”, nos casos em que a suposta vítima corre riscos, aplicando-se, quando absolutamente necessário as medidas com base na ordem pública, com o fim de proteger as vítimas. Não se considera, sob nenhuma hipótese, que a lei especial regulamente ações inquisitórias em todos os casos de violência doméstica, mas se quer a maior proteção às vítimas em risco grave, ou seja, naquelas situações em que o agressor desrespeita medidas cautelares, reincide em ameaças e violência ou deixa evidente que sua conduta continuará a ser agressiva, mesmo com todas as medidas preventivas ou restritivas impostas e ainda, que as penas sejam efetivas e associadas a políticas e ações públicas voltadas a quebrar os paradigmas machistas que promovem a cultura da violência contra a mulher em nossa sociedade.

O estudo do caso em questão, aponta para uma tendência que começa a se delinear de forma mais clara na justiça brasileira: a proteção à minorias. Por muito tempo se não ignoradas completamente, sempre foram subjugadas. As mulheres vítimas de violência doméstica foram consideradas as culpadas pelas agressões que sofriam, eram mortas como forma de lavar a honra do homem e mesmo quando a Constituição estabeleceu essa proteção, a prática processual e judicial ainda resistia em analisar esses casos específicos sob um ponto de vista especial e, levando em conta, a cultural da sociedade.

A Constituição Federal e a Lei Maria da Penha vieram exatamente para possibilitar esta atuação justa e próxima da sociedade e seus problemas e, esperamos que o legislador inspire-se em elaborar e aprovar um novo Código Processual Penal, adequado às novas configurações e necessidades sociais (não apenas realizar reformas parciais) e permita que o judiciário possa agir com mais clareza e direcionamento nestas questões especiais e tão significativas para a quebra de paradigmas da sociedade e, ainda assim primando pelo sistema acusatório expressão essencial à construção de um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ALFERES, Eduardo Henrique; GIMENES, Eron Veríssimo; ALFERES; Priscila Bianchini de Assunção. **Lei Maria da Penha Explicada: Lei N.º 11.340**, de 7 de Agosto de 2006. Doutrina e Prática. São Paulo: Edipro, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x Cidadania mínima**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: v. 11, n. 137, abr. 2004, p. 71-102.

AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. **História das Sociedades**: das comunidades primitivas às sociedades medievais. Rio de Janeiro. Editora: Imperial Novo Milênio, 2008.

ÁVILA, Thiago André Pierobom (coord.). **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais**, Brasília: ESMPU, 2014. 394 p.

AZEVEDO, L.R.; GALLO, A.E.; WILLIAMS, L.C.A. A eficácia da casa-abrigo como estratégia para a diminuição dos filicídios perpetrados por parceiros íntimos. In Williams, L.C.A., Maia, J. M. D. & Rios, K. S. A. (Orgs.) **Aspectos Psicológicos da Violência: Pesquisa e Intervenção Cognitivo-Comportamental** (p. 144 - 167). Santo André: ESETEC Ed. Associados, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BATISTA, Nilo et al. **Instituto Carioca de Criminologia. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007;

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 19.set. 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018;

BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Uma mulher entre 100 vai à Justiça contra violência doméstica**. 2018. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86320-uma-mulher-entre-100-esta-na-justica-contra-violencia-domestica>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **XII Jornada Lei Maria da Penha: violência contra a mulher (Lei Maria da Penha)**. 2017. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/lei-maria-da-penha>. Acesso em 01. Out. 2018.

BRASIL. STF - Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.424/DF**. Pleno. 09 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26900618/adi-4424>>. Acesso em 14 out. 2018.

BROOKE, Alexandre Moreira Van Der. **Direitos Fundamentais e Proibição da Proteção Deficiente: (untermassverbot)**. Curitiba: Editora CRV, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Direito, Estado e Sociedade**. n.37 p. 152 a 180 jul/dez 2010. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

BUTLER, J.H. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CAIXETA, Nayara Firmes. NUNES, Joamar. Garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. **Perquirere (UNIPAM)**, v. 1, p. 29-48, 2014. Disponível em: <http://perquirere.unipam.edu.br/documents/23456/422843/Garantismo+Positivo+-+a+dupla+face+++do+princ%C3%ADpio+da+proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). **Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

COE – COUNCIL OF EUROPE. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica**. Istambul, 2011. Disponível em: <https://rm.coe.int/168046253d>. Acesso em: 20 out. 2018.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual 2000**. Relatório Nº54/01: Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> Acesso em 10/09/2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. Salvador, BA: editora jusPODIVM, 2013.

D'AGOSTINI, Rose Ane Gerber. **A (in)constitucionalidade da Lei Maria da Penha em relação à proteção da vítima masculina que sofreu agressões domésticas**. Monografia (Graduação) Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), 2010.

DELAS. Violência doméstica aumenta e faz mais de 32 mil vítimas em Portugal. **Revista Digital Delas**, 2017. Disponível em: <<https://www.delas.pt/violencia->

domestica-aumenta-e-faz-mais-de-32-mil-vitimas-em-portugal/>. Acesso em 01/10/2018

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

DICIO - DICIONÁRIO ON LINE DE PORTUGUÊS. **Gênero**. 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/genero/>. Acesso em 16 out. 2018.

FERNANDES, Valéria Diez. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. 2013. 283 f. Tese (Doutorado)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**.. ed. 2. Madrid, Espanha: Trotta, 2001 (Tradução de Perfecto. Andrés Ibáñez e Andrea Greppi).

FERRAJOLI, Luigi (org.). **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 (traduzido por tradutores: SICA, Ana Paula Zomer. et al).

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios: conceitos e distinções, 2010**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2074820/normas-regras-e-principios-conceitos-e-distincoes-parte-1>> Acesso em: 15 out. 2018.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Tolerância social à violência contra as mulheres**. Brasília: SIPS, 2014. Disponível em: http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf. Acesso em: 10 out. 2018.

LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei 11.340/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>>. Acesso em: 20 out. 2018.

LEAL, José Carlos. **A Maldição da Mulher: de Eva aos dias de hoje**. São Paulo: Editora DPL, 2004.

MIRANDA, M.P.M., DE PAULA C.S.; BORDIN I. A. Violência conjugal física contra a mulher na vida: prevalência e impacto imediato na saúde, trabalho e família. **Revista Panam Salud Publica**. v. 27, n. 4, p. 300–8, 2010. Disponível em: <https://scielosp.org/article/rpsp/2010.v27n4/300-308/pt/>. Acesso em: 21 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS/ CIDH – **Comissão Interamericana Dos Direitos Humanos. Convenção Interamericana para prevenir, Punir e erradicar a violência contra a mulher**, “Convenção de Belém do Pará”. Belém do Pará, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: Lei 11.340/06 análise crítica e sistêmica.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatísticas. **Tabela 1 sobre a violência doméstica em Portugal.** 2018. Disponível em <https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0008156&contexto=bd&selTab=tab2> Acesso em: 01 set. 2018.

PORTUGAL. **Lei n.º 112/2009 de 16 de Setembro.** Lisboa, 2009. Disponível em: http://www.seg-social.pt/documents/10152/15902122/Lei_112_2009.pdf/247a6dee-fe78-4239-a2df-e028a9d111d8. Acesso em: 10 set. 2018.

PORTUGAL. PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA: **Ministério Público, on line.** Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0152&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao. Acesso em: 21 out. 2018.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Código Penal.** 1982. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0152&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao> Acesso em 01/09/2018.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-Penal e Constituição.** 3. ed. rev. atual. e ampl. p.21. São Paulo, Editora revista os tribunais, 2003.

RODRIGUES, Arthur Martins R. A colisão entre direitos fundamentais. **Anais do CONPEDI**, 15, Manaus, 15-18 nov. 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2017.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3. ed. Lisboa: Coleção Veja Universitária, 1998.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Editora Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SANTI, L.; NAKANO A. M.; LETTIERE, S. Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido e seu contexto social. **Texto Contexto Enfermagem**, Florianópolis, v. 19, n. 3, v. 417-24, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tce/v19n3/a02v19n3>. Acesso em: 20 out. 2018.

SANTOS, Cecília MacDowel. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], n, 89, P. 153-170, 2010, Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 22 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 11. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal** (Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais), coord. Luiz Flávio Gomes et al. (Direito e Ciências Afins) 2 ed. São Paulo: RT, 2014.

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

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3510/DF**, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. ADI-3510 – Informativo STF nº 497. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 10 set. 2018.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC Nº 4424/2012**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/02/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=6393143&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%204424>>. Acesso em 10 out. 2018.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.

ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org.). Estudos **críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe, 2012.

ANEXOS

**ANEXO 1 - Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a
violência contra a Mulher**



**CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR,
PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER,
“CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”**

(Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994,
no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral)

OS ESTADOS PARTES NESTA CONVENÇÃO,

RECONHECENDO que o respeito irrestrito aos direitos humanos foi consagrado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos e reafirmado em outros instrumentos internacionais e regionais;

AFIRMANDO que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades;

PREOCUPADOS por que a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens;

RECORDANDO a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembléia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases;

CONVENCIDOS de que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação em todas as esferas de vida; e

CONVENCIDOS de que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui positiva contribuição no sentido de proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela,

CONVIERAM no seguinte:

CAPÍTULO I

DEFINIÇÃO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

CAPÍTULO II

DIREITOS PROTEGIDOS

Artigo 3

Toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 4

Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

- a. direito a que se respeite sua vida;
- b. direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral;
- c. direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d. direito a não ser submetida a tortura;
- e. direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família;
- f. direito a igual proteção perante a lei e da lei;

- g. direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos;
- h. direito de livre associação;
- i. direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e
- j. direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.

Artigo 5

Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Os Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Artigo 6

O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

- a. o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
- b. o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.

CAPÍTULO III

DEVERES DOS ESTADOS

Artigo 7

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

Artigo 8

Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

- a. promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;
- b. modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;
- c. promover a educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;
- d. prestar serviços especializados apropriados à mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos menores afetados;
- e. promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;
- f. proporcionar à mulher sujeitada a violência acesso a programas eficazes de reabilitação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;
- g. incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas de divulgação, que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher;
- h. assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, conseqüências e freqüência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias; e
- i. promover a cooperação internacional para o intercâmbio de idéias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência.

Artigo 9

Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados Partes levarão especialmente em conta a situação da mulher vulnerável a violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada sujeitada a violência a gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação sócio-econômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade.

CAPÍTULO IV

MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO

Artigo 10

A fim de proteger o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, os Estados Partes deverão incluir nos relatórios nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para prestar assistência à mulher afetada pela violência, bem como sobre as dificuldades que observarem na aplicação das mesmas e os fatores que contribuam para a violência contra a mulher. _

Artigo 11

Os Estados Partes nesta Convenção e a Comissão Interamericana de Mulheres poderão solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos parecer sobre a interpretação desta Convenção.

Artigo 12

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 13

Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna dos Estados Partes que ofereça proteções e garantias iguais ou maiores para os direitos da mulher, bem como salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.

Artigo 14

Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar as da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de qualquer outra convenção internacional que ofereça proteção igual ou maior nesta matéria.

Artigo 15

Esta Convenção fica aberta à assinatura de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 16

Esta Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 17

Esta Convenção fica aberta à adesão de qualquer outro Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 18

Os Estados poderão formular reservas a esta Convenção no momento de aprová-la, assiná-la, ratificá-la ou a ela aderir, desde que tais reservas:

- a. não sejam incompatíveis com o objetivo e propósito da Convenção;
- b. não sejam de caráter geral e se refiram especificamente a uma ou mais de suas disposições.

Artigo 19

Qualquer Estado Parte poderá apresentar à Assembléia Geral, por intermédio da Comissão Interamericana de Mulheres, propostas de emenda a esta Convenção.

As emendas entrarão em vigor para os Estados ratificantes das mesmas na data em que dois terços dos Estados Partes tenham depositado seus respectivos instrumentos de ratificação. Para os demais Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 20

Os Estados Partes que tenham duas ou mais unidades territoriais em que vigorem sistemas jurídicos diferentes relacionados com as questões de que trata esta Convenção poderão declarar, no momento de assiná-la, de ratificá-la ou de a ela aderir, que a Convenção se aplicará a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas.

Tal declaração poderá ser modificada, em qualquer momento, mediante declarações ulteriores, que indicarão expressamente a unidade ou as unidades territoriais a que se aplicará esta Convenção. Essas declarações ulteriores serão transmitidas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos e entrarão em vigor trinta dias depois de recebidas.

Artigo 21

Esta Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que for depositado o segundo instrumento de ratificação. Para cada Estado que ratificar a Convenção ou a ela aderir após haver sido depositado o segundo instrumento de ratificação, entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado houver depositado seu instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo 22

O Secretário-Geral informará a todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos a entrada em vigor da Convenção.

Artigo 23

O Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos apresentará um relatório anual aos Estados membros da Organização sobre a situação desta Convenção, inclusive sobre as assinaturas e depósitos de instrumentos de ratificação, adesão e declaração, bem como sobre as reservas que os Estados Partes tiverem apresentado e, conforme o caso, um relatório sobre as mesmas.

Artigo 24

Esta Convenção vigorará por prazo indefinido, mas qualquer Estado Parte poderá denunciá-la mediante o depósito na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos de instrumento que tenha essa finalidade. Um ano após a data do depósito do instrumento de denúncia, cessarão os efeitos da Convenção para o Estado denunciante, mas subsistirão para os demais Estados Partes.

Artigo 25

O instrumento original desta Convenção, cujos textos em português, espanhol, francês e inglês são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, que enviará cópia autenticada de seu texto ao Secretariado das Nações Unidas para registro e publicação, de acordo com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários infra-assinados, devidamente autorizados por seus respectivos governos, assinam esta Convenção, que se denominará Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”.

EXPEDIDA NA CIDADE DE BELÉM DO PARÁ, BRASIL, no dia nove de junho de mil novecentos e noventa e quatro.