

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

LEI MARIA DA PENHA E SUA (IN)APLICABILIDADE AOS HOMENS

Silvia Emboaba da Costa

Presidente Prudente/SP

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

LEI MARIA DA PENHA E SUA (IN)APLICABILIDADE AOS HOMENS

Silvia Emboaba da Costa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Fabiana Junqueira Tamaoki.

Presidente Prudente/SP

2014

LEI MARIA DA PENHA E SUA (IN)APLICABILIDADE AOS HOMENS

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Fabiana Junqueira Tamaoki
Orientadora

Mario Coimbra
Examinador

Pedro Thiago Braz da Costa
Examinador

Presidente Prudente/SP, 27 de Outubro de 2014.

Aos meus pais, que nunca deixaram de proporcionar uma boa educação e a quem devo minha vida. Ao meus irmãos, que sempre estiveram comigo como fonte de amor e amizade. Aos meus primos, tios e avós, essenciais na minha vida, por todo o amor que representam.

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento é destinado a Deus, por ser o condutor da minha vida e por ter me abençoado com pessoas maravilhosas e que nunca deixaram de estar comigo, que são os meus pais, meus irmãos, avós, tios e primos, minhas amigas e meu namorado.

Agradeço a minha orientadora, Fabiana Junqueira Tamaoki, que com todo seu auxílio, dedicação e amizade e disponibilidade fez com que este trabalho fosse concluído.

Por fim, ao professor Mario Coimbra e também ao Pedro Thiago da Costa, que aceitaram prontamente o convite de comporem minha banca examinadora na apresentação desta monografia para a conclusão do curso de direito.

RESUMO

Através deste estudo, busca-se analisar a história da Lei Maria da Penha e de sua preconizadora. Estudam-se os motivos pelos quais se fez necessário esta Lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro como escudo protetor das mulheres vítimas da violência doméstica, enfatizando a insuficiência dos outros meios jurídicos, até então, utilizados para coibir esta violência de gênero. Analisa-se as características da Lei, seu objetivo e sujeitos. A inaplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens faz-se notória neste estudo através do profundo estudo do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da Igualdade e de sua necessária interpretação material dentro do arcabouço jurídico, sendo certa que a partir desta análise foi necessária a criação desta também ação afirmativa já julgada pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional e, através de diversas razões deve ser unicamente aplicada às mulheres. Para a elaboração deste trabalho será utilizado o método dedutivo, pelo qual, através do exame de aspectos gerais do assunto é possível que seja analisado o aspecto específico que determina o tema. Os métodos históricos e comparativos são utilizados de maneira acessória e subsidiária, na medida em que se destacou, também, a história da existência da lei. Por fim, as pesquisas para a realização do trabalho foram extraídas da legislação, de artigos, sites da internet e de doutrinas, sendo, portanto, uma pesquisa teórica digitada ou impressa.

Palavras-chave: Mulher. Igualdade. Vulnerabilidade. Discriminação. Gênero.

ABSTRACT

Through this study, we seek to analyze the history of the Maria da Penha Law and its preconizadora. We study the reasons why this law was needed within the Brazilian legal system as a protective shield of women victims of domestic violence, emphasizing the inadequacy of other legal methods hitherto used to smash this gender violence. Analyzes the characteristics of the Act, its purpose and subject. The inapplicability of the Maria da Penha Law to men it is notorious in this study through deep study of the principle of human dignity and the principle of equality and its necessary materials interpretation within the legal framework, being sure that from this analysis was necessary to establish this affirmative action has also judged by the Supreme Court as constitutional and, through various reasons should only be applied to women. For the preparation of this work will be used deductive method, whereby, through the examination of general aspects of the subject is possible that the specific aspect that determines the subject is analyzed. The historical and comparative methods are used for ancillary and subsidiary way, in that it also highlighted the history of the existence of the law. Finally, searches for carrying out the work were taken from the legislation, articles, internet sites and doctrines, therefore, being a typed or printed theoretical research.

Keywords: Woman. Equality . Vulnerability. Discrimination. Genre.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRIA DA LEI MARIA DA PENHA	12
2.1 Da lei Maria da Pena.....	13
2.1.1 No âmbito internacional: tratados	16
2.1.2 Comissão internacional dos direitos humanos	19
2.1.3 Na constituição federal	21
2.1.4 Da lei Maria da Pena na legislação infraconstitucional	22
3 CARACTERÍSTICAS DA LEI MARIA DA PENHA	24
3.1 Objetivos da lei.....	27
3.2 Medidas protetivas	28
3.3 Sujeitos ativo e passivo.....	31
3.4 Violência de gênero	32
3.4.1 Violência física	33
3.4.2 Violência moral e violência psicológica	35
3.4.3 Violência patrimonial	36
3.4.4 Violência Sexual.....	36
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	37
4.1 Princípio da igualdade.....	38
4.1.1 Princípio da igualdade formal	40
4.1.2 Princípio da igualdade material.....	42
4.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	44
4.2 Ação afirmativa e o princípio da igualdade material.....	47
5 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA	50
5.1 Ação direta de inconstitucional: ADI 4424.....	52
5.2 Ação declaratória de constitucionalidade ADC 19/DF.....	53

6 JURISPRUDÊNCIAS	56
7 CONCLUSÃO	60
8 BIBLIOGRAFIA	63

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica causada contra a biofarmacêutica, Maria da Penha, tomou uma repercussão que foi capaz de alterar medidas importantes dentro do processo penal brasileiro.

Foi um reflexo de todas as maneiras de violência que assolam a sociedade feminina dentro do ambiente doméstico e foi uma tardia resposta para buscar uma proteção eficaz a todas essas mulheres.

A violência é exteriorizada sobre diversas formas, seja verbal, física, sexual, econômica ou moral e é grande o índice das vítimas dessas diversas violências, abarcadas, todas elas pela violência de gênero, afinal, recaem sobre as mulheres dentro do ambiente doméstico e familiar.

A criação desta Lei afastou determinadas medidas processuais e coercitivas por serem insuficientes, na medida em que o índice de violência doméstica não diminuía e o medo em denunciar tais agressões eram de tamanha grandeza que foi necessário medidas exclusivas a esta Lei para que alcançasse o fim a que se destina.

Desta forma, importante o estudo da Lei 11.340 sobre o prisma do princípio da Igualdade e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que trouxe ao ordenamento jurídico mecanismos de diversos âmbitos, mas principalmente mecanismos processuais penais que visam erradicar com a violência doméstica e familiar, ou decorrente de uma relação íntima de afeto.

Neste estudo buscou-se também analisar os objetivos da lei e os sujeitos que compõem os polos ativos e passivos da violência doméstica e familiar, bem como as diversas formas de violência que a lei abarca no seu texto legal.

Celeumas surgiram desde a criação da Lei sobre sua constitucionalidade, afinal, alegavam ser inconstitucional por violar o princípio da igualdade, que deve ter seu viés formal e material.

Já declarada constitucional a Lei, bem como seus dispositivos, ainda há diversos entendimentos sobre uma interpretação analógica e extensiva que coloca o homem como sujeito passivo e eventualmente a mulher como sujeito ativo

do conflito.

Importante, portanto, estudar a aplicação de uma lei e ação afirmativa criada em razão do gênero e com a finalidade de erradicar com um problema que assola famílias por todo o Brasil que desencadeou há séculos e sua possível aplicação aos homens que se encontram na situação de violentados em ambiente doméstico e familiar, sobre o prisma da constitucionalidade da lei e do princípio da igualdade.

2 HISTÓRIA DA LEI MARIA DA PENHA

A Cearense, Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica, foi a protagonista da história que transformou a luta das mulheres violentadas no ambiente doméstico em Lei.

Mãe de três filhos, ao chegar a casa, à noite, certo dia no ano de 1983, Maria da Penha se deita e dorme. Acordada com um tiro nas costas, cogitou a possibilidade de estar morta. Outra tentativa de assassinato ou “agressão” faz desta mulher vítima mais uma vez. Já paraplégica, por consequência do tiro que sofrera outrora, Maria da Penha grita durante o banho por socorro, seu marido tentou electrocutá-la.

Vítima de agressões, xingamentos, intimidações corriqueiras, Maria da Penha amedrontada em pedir ajudar em razão das consequências que poderia sofrer, sempre almejou pela Justiça, apesar da demora em obtê-la.

No ano de 1984, o Ministério Público de Fortaleza ofertou a primeira denúncia contra Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano economista e naturalizado brasileiro. Somente no ano de 1991 foi condenado pelo Tribunal do Júri a cumprir 8 anos de prisão. Recorreu em liberdade e teve seu julgamento anulado. No ano de 1996 foi condenado novamente a cumprir mais de 10 anos de pena, recorreu novamente e, somente no ano de 2002, cumprindo pena de apenas 2 anos, o marido de Maria da Penha foi preso.

A Comissão Internacional dos Direitos Humanos e a Organização dos Estados Americanos tomaram conhecimento da história através da denúncia oferecida pela vítima, pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa da Mulher e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional. Foram solicitadas informações ao Brasil a respeito do caso, mas o país se manteve inerte.

No ano de 2001, foi publicado pela OEA o Relatório 54/2001, que fez sérias críticas a omissão e impunidade do Brasil nos casos de violência Domestica e condenou o Estado a pagar uma multa de 20 mil dólares à Maria da Penha.

O Brasil já era signatário de dois Tratados que buscavam erradicar a violência contra a mulher, quais sejam: Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher e Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres. Somente a partir da pressão que sofrera com o Relatório já mencionado é que passou a cumpri-los.

Finalmente, no ano de 2006, o então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei 11.340, no dia 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha.

2.1 Da lei Maria da Penha

No ano de 1985, por meio do Decreto 2.170-N, criou-se a primeira Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher.

As mulheres que sofriam a violência doméstica sempre temerosas em socorrer-se às Delegacias comuns por terem receio em serem ameaçadas e hostilizadas por seus maridos, encontraram-se em situação mais confortável ao poder recorrer à uma delegacia especializada em casos de violência doméstica contra mulheres.

O objetivo desta Delegacia, além da repressão da violência doméstica, é também a prevenção.

Essa foi uma conquista das feministas do Brasil que, desde a década de 70, com o regime militar, buscaram pela igualdade de sexo e buscaram inclusive manter sua dignidade e integridade física, psicológica, financeira e sexual, principalmente no que diz respeito à violência doméstica.

Passou a ser da responsabilidade do Estado, e não mais somente fatos que ocorriam dentro dos lares, em âmbito particular. O Estado se viu obrigado em intervir nestas relações com a finalidade de erradicar e prevenir sua prática.

Este assunto, nas delegacias comuns, por muitas vezes, os casos específicos não receberam o tratamento punitivo que deveras mereciam.

Há muito, a mulher é tratada como o “sexo frágil”. Tratada com

preconceito e como a responsável em atingir uma função, obrigação na sociedade de ser a reprodutora. É uma triste realidade intrínseca a sociedade em virtude da cultura que ali nascera e permanece, ainda que de não da mesma intensidade. A relação de Poder existente do homem sobre a mulher fatores discriminatórios, sociais, econômicos e também biológicos dão causa à violência contra a Mulher.

Esses fatores eram refletidos na assistência dada as mulheres que sofriam violência doméstica pelas Delegacias comuns, com forte predominância masculina.

Destarte, fez-se necessária a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, com um corpo de profissionais do sexo feminino, na grande maioria delas.

Infelizmente, o resultado da Delegacia Especializada não foi eficiente da maneira como se esperava, as profissionais dessas delegacias não foram treinadas como era o proposto para atender casos específicos de violência contra a mulher. No entanto, arrecadaram um número muito maior de denúncias das mulheres contra seus maridos, proporcionando uma melhor visualização da realidade violenta no âmbito doméstico no país.

Com a criação da Lei 9.099/1995, com fundamentos na Magna Carta, precisamente no artigo 89, inciso I, os delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles com pena máxima cominada legalmente não superior a dois anos, são passíveis de medidas descriminalizadoras, quais sejam: suspensão condicional do processo, composição cível e transação penal. O objetivo se pauta na celeridade do processo, simplicidade e o maior acesso à justiça.

No que se trata à composição Cível, deriva da lesão praticada contra mulher um dano material e também pode gerar um dano moral. A composição Cível consiste na reparação desses danos pelo agressor através de um acordo, que, homologado, valerá como título executivo, implicando na renúncia ao direito de oferecer queixa.

Para as mulheres agredidas por seus companheiros em âmbito familiar, a reparação ou acordo que indenize os bens materiais e a lesão moral praticadas em face da vítima não atinge o objetivo buscado pelas mulheres vítimas de agressão. O principal propósito a ser atingido é, indubitavelmente, a paz nos seus

lares, respeito entre o casal e a não reiteração da conduta ilícita.

Quanto a Transação Penal, o Ministério Público, propõe ao agressor, para substituir a instauração de Processo Penal, que este cumpra penas restritivas de direito ou multa, de acordo com o artigo 79 da respectiva Lei.

Essa possibilidade imposta pelo JECRIM afasta a participação da mulher no Processo, tornando para a vítima insignificante a pena que o seu agressor irá sofrer.

Finalmente, a Suspensão Condicional do Processo, disciplinada pelo artigo 89 da Lei 9099/1995, que determina condições para que seja aplicada, quais sejam: crime com pena mínima ou igual a um ano; acusado não processado ou que não esteja respondendo por outro crime; reparação do dano e os requisitos do artigo 77 do Código Penal.

Essa medida, também afasta da vítima a possibilidade de participar do processo e torna trivial a agressão e o sofrimento que sofreu, afinal, após o período de quatro anos, se respeitadas todas as condições, o agente agressor terá seu processo extinto.

Esta Lei ignorou a maciça e perigosa violência que as mulheres brasileiras sofrem no Brasil. Banalizaram as agressões domésticas e familiares de gênero. Se uma mulher apanha do seu marido e essa surra se caracterizasse como lesão corporal leve, o rito do processo contra o cônjuge seria o da Lei 9.099/1995.

A Lei Maria da Penha alterou a redação da pena do parágrafo 9º, artigo 129 do Código Penal, e a pena máxima passou a ser de três anos.

Trouxe para o ordenamento jurídico e para a defesa das mulheres uma Lei com características próprias que tornam, conseqüentemente, as delegacias, sejam comuns ou especializadas, em ambientes em que a mulher saberá que não haverá um tratamento que banalize todo o seu pesar, afinal, são institutos que devem aplicar e respeitar a lei.

Alem disso, afastou todas as medidas despenalizadoras impostas pela Lei do Juizado Especial Criminal, que geravam a impunidade de todos aqueles que cometeram agressões ou violências, de qualquer espécie contra a mulher.

2.1.1 No âmbito internacional: tratados

A violência doméstica é penalizada nos países ocidentais através de leis específicas ou através de dispositivos nos Códigos Penais. É comum nos países da Europa que essa punição venha dentro dos Códigos Penais e, na América Latina, através de Lei Própria.

O Brasil ratificou Tratados Internacionais que tem o escopo de acabar com a discriminação e violência contra as mulheres. Os Tratados que adentram no ordenamento Jurídico, com previsão de normas sobre direitos fundamentais, tem o tratamento de Lei Ordinária. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, é possível que Tratados Internacionais entrem no ordenamento jurídico com força de emenda Constitucional, desde que versem sobre Direitos Humanos que tenha a aprovação de dois turnos com um quorum de 3/5 em cada Casa do Congresso Nacional.

Ocorre que, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, afirma que todos os Tratados que versem sobre Direitos Humanos são materialmente Constitucionais. Os Tratados que serão adiante estudados foram ratificados antes da criação da Emenda Constitucional 45/2004. Foram aprovados com quorum de Lei Federal, no entanto versam sobre direitos Humanos. Existem divergências sobre sua hierarquia, mas prevalece o entendimento de que são supralegais.

A República Federativa do Brasil ratificou dois Tratados Internacionais de suma importância para a Legislação a favor dos Direitos e Igualdade da Mulher.

O primeiro de deles é a Convenção sobre Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, ou também Convenção CEDAW, foi feita no México, no ano de 1979. Foi o primeiro Dispositivo que tratou dos Direitos Humanos da Mulher.

Através da Resolução de número 34/180 foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. No ano de 1994 o Brasil ratificou completamente a Convenção, afinal, havia ratificado com reservas relacionadas aos direitos de família no ano de 1981 e 1984.

A Constituição Federal de 1988 ensina, nos artigos 226 e 226, parágrafo 8º que a família terá proteção especial do Estado e que o Estado dará assistência a todos os membros da família, coibindo violência no âmbito doméstico. Trouxe em seu texto a igualdade entre homens e mulheres, inclusive no âmbito doméstico. Desta forma, o Brasil ratificou em 1994, de forma total, a Convenção CEDAW.

Suas principais finalidades são erradicar com a discriminação contra a mulher, de quaisquer tipos e a busca pela igualdade, formal e material de gênero, através de dos direitos das mulheres.

A convenção CEDAW prega:

Discriminação contra as mulheres significará toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer outro campo¹.

Possível, observar que não fala explicitamente da discriminação e violência doméstica, no entanto, a discriminação explicada no artigo descrito se faz presente, principalmente no âmbito familiar, entre o homem e a mulher.

A Convenção CEDAW, já no seu segundo artigo estabelece critérios aos quais os países signatários devem se comprometer. Estabelece que os países devem trazer em leis específicas o princípio da igualdade entre os gêneros, ou então através da lei, mesmo que não específica. Impõe que devem ser adotadas medidas legais e também aplicadas sanções a todos que praticarem a discriminação contra a mulher. Devem, os países signatários promover a efetiva proteção das mulheres contra qualquer forma de discriminação, derrogar ou revogar dispositivos que constituam na discriminação contra a mulher, dentre outros.

Estabelece, contudo, no artigo 16, medidas que devem ser tomadas pelos países ratificadores, no que diz respeito aos assuntos na relação doméstica, matrimonial, também com base na igualdade de gênero.

¹ UNIDAS, Organização das Nações, 1979.

Prega igualdade entre o homem e a mulher para contrair o casamento, liberdade da escolha do cônjuge, mesmos direitos e deveres na relação matrimonial e na sua dissolução, mesmos deveres entre os gêneros no que diz respeito aos filhos, a profissão, sobrenome, os mesmos direitos entre os cônjuges no que diz respeito a propriedade, bens e suas disposições.

É notória a tentativa de abolir a discriminação contra a mulher na Convenção CEDAW.

Outro Tratado, deveras importante para a erradicar a discriminação e violência contra a mulher é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher ou Convenção de Belém do Pará.

Foi aprovado em 1995 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos e reconheceu, primordialmente, a violência contra a mulher como forma de agressão generalizada, que não tem limites ideológicos, sociais, culturais, etários ou raciais.

O artigo primeiro da Convenção Belém do Pará define o que é a violência contra a mulher:

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 quanto na esfera privada².

É evidente que esta Convenção tem o escopo de abolir a violência doméstica de qualquer espécie. Refere, no artigo primeiro dos tipos de violência e na esfera em que tem a finalidade de abolir: pública ou privada.

O segundo artigo fala explicitamente da violência doméstica como sendo aquela que é praticada no âmbito familiar ou doméstico, em uma relação interpessoal, com residência em conjunto ou não. Deixa o texto em aberto ao falar dos tipos de violência. Citou o estupro, abuso sexual, maus tratos entre outras.

Os artigos quinto e sexto garantem à mulher que exerça seus direitos, de qualquer espécie com total proteção do Estado no que se refere a questão e Direitos Humanos. Os signatários desse Tratado devem reconhecer que qualquer

² AMERICANOS, Organização dos Estados, 1994.

discriminação deste tipo é uma grave ofensa aos direitos humanos. Garante que a mulher esteja livre de qualquer discriminação e sua valorização, erradicando com qualquer comportamento estereotipado que as desvalorizem.

Destarte, esses Tratados Internacionais anteriores à criação da Lei Maria da Penha, reforçam a ideia de que a mulher deveria receber a devida proteção e, mesmo o Brasil sendo um país signatário desses Tratados que tem a finalidade de erradicar com a discriminação, de qualquer espécie contra a mulher, bem como acabar com qualquer violência, seja ela psicológica, financeira, sexual ou física, era negligente e omissa em aplicar as diretrizes dos Tratados. O Brasil por muito tempo deixou as mulheres que sofriam com a violência doméstica e com a discriminação sem uma Tutela capaz de trazer o sossego e a segurança. A Lei Maria da Penha não erradicou com a violência doméstica, mas foi um avanço e um sinal de que todas as mulheres terão um amparo legal especial e rígido para sua proteção nos seus lares.

2.1.2 Comissão internacional dos direitos humanos

Órgão Internacional, a função da Comissão Internacional dos Direitos humanos tem o objetivo de tutelar os Direitos Humanos.

Sua sede é nos Estados Unidos da América, na capital Washington, formada por sete juristas eleitos por mérito, escolhidos pela Assembleia Geral e sujeitos à uma reeleição, por um período de quatro anos.

As funções da CIDH são: promover e tutelar os direitos humanos nos países da América, recebem petições iniciais de vítimas dos direitos humanos que não obtiveram sucesso com o processo no seu país, desta forma oferecem denúncias contra esses países membros.

Qualquer indivíduo, terceiros, ONG reconhecida pela OEA ou grupo de pessoas podem oferecer denúncia, desde que tenha seus direitos humanos violados ou o de terceiros e que estes sejam reconhecidos pela Declaração Americana dos Direitos dos Homens ou pela Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Maria da Penha, juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional e também com o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa da mulher, apresentaram, no ano de 1998 a denúncia contra o seu esposo.

A partir daí, foi publicado o relatório 54/2001, que traz pareceres sobre o fato em análise bem como faz críticas ao comportamento do Estado e exige que sejam feitos compromissos que façam cumprir acordos e tratados ora violados. Explica bem Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007 p. 13):

Nesse relatório é realizada profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (Ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e Convenção Belem do Pará (ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2005), assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses Tratados. Dentre diversas conclusões, ressaltou a Comissão Internacional dos Direitos Humanos que “a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica.

Foi determinado, antes a esta situação que o Estado brasileiro investigasse o caso de maneira ampla e séria com o escopo de responsabilizar o autor. Ordenou que os danos sofridos por Maria da Penha fossem reparados e exigiu que o Estado Brasileiro tomasse medidas eficazes para que a tolerância da violência doméstica contra as mulheres não mais existisse.

O Brasil se manteve inerte diante das informações solicitadas pela CIDH e a Comissão Internacional dos Direitos Humanos tentou por mais duas vezes obter alguma resposta. Não obtendo resposta do Estado Brasileiro, presumiu como verdadeiros todos os fatos narrados na petição oferecida pela Maria da Penha, diante tamanha demora em responder às solicitações.

Em 2001, foi exigido que o Brasil cumprisse as determinações apresentadas no prazo de um mês, dentre eles o pagamento de uma indenização de R\$ 20.000,00 à Maria da Penha, mais uma vez se manteve inerte e então, tornou público o conteúdo do relatório 54/2001.

2.1.3 Na constituição federal

O ano de 1988 foi um marco para o Brasil com a vigência da Constituição Federal/88 que rompia com o Regime Militar e autoritarista que perdurou até 1985. Trouxe em seu corpo o objetivo de democratização e o objetivo de promover os Direitos Humanos.

Vítimas da cultura machista da sociedade, e colocadas em situação de submissão em relação aos homens e violentadas de todas as maneiras possíveis não somente no âmbito doméstico, as mulheres passaram a ter dispositivos importantes na Magna Carta que buscavam instituir a igualdade entre elas e os homens. Com a finalidade de equiparar os seus direitos e erradicar a vulnerabilidade que as mulheres se encontravam em relação aos homens.

Decerto que estes dispositivos não se limitam tão somente as mulheres, mas também a todas as classes de pessoas que se encontram em uma situação de injusta inferioridade diante dos demais da sociedade e, por este motivo, são vulneráveis a mazelas que lesam suas integridades e seus direitos.

A Constituição Federal, desta maneira, no artigo 5º nos ensina que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)³.

Ora, nossa Carta Maior, institui que lei tratará todos de maneira uniforme e que será garantida a igualdade a todos os brasileiros.

Logo no inciso I estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”⁴.

A Constituição Federal, portanto, não deixa dúvidas quanto a sua intenção de promover a igualdade entre todos os brasileiros, inclusive entre os homens e mulheres.

³ BRASIL, 1988.

⁴ Idem.

Para instituir essa igualdade entre os homens e mulheres é necessária uma melhor interpretação do instituto do Princípio da Igualdade. Afinal de contas, promover essa igualdade é acabar com a situação de inferioridade e vulnerabilidade que reflete a sociedade que coloca as mulheres à marginalização e, para tanto, se faz necessário a inserção de normas e se fez importante a criação de um microsistema de normas que tutelam as mulheres dentro do ambiente doméstico.

O ambiente em que, por regra, deveria ser o lugar da segurança e tranquilidade, o lugar onde é passado aos filhos as basilares da boa educação, passou a ser, para muitas mulheres, o mais temeroso lugar, com as piores agressões e de quem foi escolhido para ser o companheiro e acima de tudo aquele que deveria passar a segurança à família de uma maneira geral.

Demonstrada a necessidade da criação de uma norma que desse amparo as mulheres e o amparo estabelecido na Constituição Federal, será abordado adiante os Princípios que dão assistência e direção à Lei Maria da Penha como uma tutela especial à classe feminina.

2.1.4 Da lei Maria da Penha na legislação infraconstitucional

Com criação da Lei Maria de Penha e visando maior efetividade na aplicação de seus dispositivos, passaram a existir mudanças em normas e peculiaridades da lei que alteraram o ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional.

Dentre essas mudanças, destacam-se as ações de violência contra as mulheres que era, como contra qualquer pessoa, ação penal pública condicionada. Passou a ser incondicionada devido ao grande número de processos que ficavam paralisados pela não representação da vítima. Qualquer pessoa, não sendo ela a vítima, pode comunicar à justiça a agressão.

Outra alteração do artigo 129, parágrafo 9º para crimes praticados também contra as mulheres foi a mudança no limite máximo da pena, que passou a ser de três meses a um ano. Passou a ser, no código Penal, uma situação agravante da pena.

Outra importante peculiaridade é que o artigo 41 da Lei 11.340 determina a não aplicação da Lei 9.099/1995. Foram afastadas as possibilidades de transação penal, suspensão condicional do processo e a possibilidade de composição.

No que tange a prisões preventivas, foi acrescentado mais um inciso no artigo 313 do Código de Processo Penal, “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência”.

Para o indiciado que receber como pena protetiva de urgência a limitação de fim de semana como pena substitutiva da privativa de liberdade, será obrigado a ele que compareça obrigatoriamente programas de recuperação e reeducação.

A Lei Maria da Penha, visando erradicar com a violência doméstica contra as mulheres trouxe alterações que implicam em maiores severidades, abarcando também medidas cautelares de urgência, a não aplicação da lei 9.099 de 1995. Trouxe para o Código Penal uma mudança no teto e base da pena sobre lesão corporal contra a mulher e alterou a forma de representação da Ação penal, sendo agora incondicionada.

3 CARACTERÍSTICAS DA LEI MARIA DA PENHA

A lei 11.340/2006, criada para coibir a violência doméstica em seus diversos gêneros, tem características próprias que serão oportunamente analisadas.

Esta lei traz reflexos em vários âmbitos, sejam eles, civis, administrativos, penais, processuais, no entanto, seu maior impacto recai sobre a matéria penal.

De acordo com o artigo 5º e 7º da referida lei, será tutelada a mulher que for violentada fisicamente, psicologicamente, sexualmente, patrimonialmente ou moralmente em âmbito doméstico, familiar ou em relação íntima de afeto. Respectivamente, observa-se que o âmbito doméstico exclui qualquer forma de vínculo afetivo ou familiar, bastando que se consuma no âmbito doméstico. A violência que ocorre em âmbito familiar é aquela que não necessariamente terá o requisito da coabitação, mas basta que haja parentesco ou afinidade entre sujeitos ativo e passivo. Em último caso, trata-se da relação íntima de afeto, que não depende da coabitação ou grau de parentesco, mas depende de uma relação que inspire mais do que uma amizade.

O artigo 129 do Código Penal, através da lei da Maria da Penha, foi mantido, no entanto sua pena foi aumentada. A pena que antes era de 6 meses a 1 ano, através da nova Lei passa a ser de 3 meses a 3 anos. O parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal é uma qualificadora da lesão leve corporal em âmbito doméstico ou familiar.

A Lei 11.340/2006, em seu artigo 41, afastou os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995 para os crimes de menor potencial afetivo, como já abordado no capítulo anterior. Afastaram-se a conciliação, transação e a suspensão condicional do processo.

O artigo 17 da Lei veda a aplicação de penas de cesta básica, substituição de pena que implique isoladamente na multa ou outras formas de prestação pecuniária. Desta forma, outras possibilidades de penas restritivas de direitos do artigo 43 do Código Penal podem ser aplicadas. Cabe lembrar que é

vedada a aplicação de penas restritivas de direito quando houver a prática de violência ou grave ameaça e também quando a pena aplicada for superior a 4 anos.

Parte dos julgamentos no que diz respeito a representação nas lesões leves e culposas é de que não dependerão dela nos crimes com a tutela da Lei 11.340/06, afinal, o artigo 41 afasta o instituto do JECRIM e, desta forma, afasta também a necessidade de representação para estes delitos. Defendem que se trata de um problema eminentemente intrínseco na sociedade e que a violência é mais gravosa que a ação penal e, desta maneira, deve ser ajuizada ação incondicionada. No entanto, há entendimento diverso, no sentido de que o afastamento da Lei 9099/95 não implica na exigência de representação. Estaríamos diante da ausência de um requisito que implica na procedibilidade da ação penal, que também impediria a aplicação de medidas protetivas.

Outra característica importante está prevista no artigo 16 da Lei, que nos ensina que nas ações penais públicas condicionadas, poderá haver a renúncia a representação em momento especial, qual seja, em audiência destinada a essa finalidade, perante o juiz, ouvido o Ministério Público e antes do oferecimento da denúncia.

A renúncia ao direito de representação não está expressa no Código Penal ou no Processo Penal, que mencionam ao direito de renúncia à queixa, mas tão somente na Lei do Juizados Especiais Criminais.

Importante destacar que, antes do advento da Lei Maria da Penha, de acordo com a Lei 9.099/95, a representação deveria ser feita perante o juízo, houve uma alteração presente no artigo 12, I da Lei 11.340, possibilitando que a representação seja feita na fase policial.

A não aplicação da Lei 9.099/95 para os crimes de menor potencial ofensivo, afasta também o termo circunstanciado, e haverá o cabimento da prisão em flagrante.

O inciso III do artigo 12 da Lei faz uma exigência ao policial que socorre a vítima. É exigido dele que encaminhe ao juiz, num prazo de 48 horas, o pedido da ofendida no sentido de que sejam concedidas medidas protetivas de urgência.

A lei, no artigo 15, traz a possibilidade de a ofendida escolher o foro competente para ajuizar sua demanda, seja ele seu domicílio ou residência, o lugar do fato da demanda ou o domicílio do agressor.

O artigo 14 descreve a criação de Juizados de Violência Doméstica e familiar contra a mulher na justiça Ordinária, em âmbito civil e criminal.

O parágrafo único do artigo 152 da Lei de Execuções Penais deixa claro que, em caso de violência doméstica, pode, o juiz, determinar que o agressor compareça obrigatoriamente a programas de reeducação e recuperação em se tratando de pena restritiva de direito referente a limitação de fim de semana.

Trouxe, inclusive, outra possibilidade de prisão preventiva- artigo 20 da Lei 11.340/2006, aumentando o rol do artigo 313 do Código de Processo Penal. Significa dizer que, sempre que seja para assegurar a aplicação das medidas protetivas de urgência, nos casos de violência doméstica ou familiar, poderá ser decretada a prisão preventiva. Deve ser, contudo, observados os indícios suficiente de materialidade e autoria assim como os motivos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: a garantia da ordem pública, conveniência da instrução ou para garantir a aplicação da lei penal.

O artigo 181 do Código Penal, que isenta de pena aqueles que comentem crime contra o patrimônio nas situações previstas nos incisos I e II (cônjuge na constância da sociedade conjugal, ascendente ou descendente, seja de parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural), também será afastado nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. No Entanto, neste ponto, ocorrem certas divergências.

Existe o entendimento de que o rechaçamento deste dispositivo apenas para os casos de violência contra a mulher afronta o Princípio da Igualdade e que, para que possa ter a validade, também deve ser cabível nos casos em que o homem é vítima. Isso porque, nos crimes contra o patrimônio não se evidencia a necessidade de uma força física e biológica que, eventualmente, vulnerabilizam as mulheres perante os homens.

Demonstrados, portanto, algumas características que da Lei Maria da Penha, tanto no âmbito penal, quanto no processual, analisaremos seus objetivos no capítulo seguinte.

3.1 Objetivos da lei

Tendo em vista que a violência familiar ou doméstica alcança e prejudica diretamente membros da família e indiretamente a sociedade e sua grande incidência dentro dos lares brasileiros, foi necessário a criação de uma norma que viesse a coibir esse tipo de prática.

Factível a desestruturação, seja ela física, econômica ou moral, que as diversas formas de violência dentro do ambiente doméstico ou familiar, ou ainda em razão da relação íntima de afeto causam nos diversos ambientes por onde são praticadas.

Valeu-se da Tutela do Direito Penal para que fosse possível buscar um aparato que barrasse todas as formas de violência praticadas em ambiente doméstico ou familiar contra as mulheres.

É interesse do Estado e da sociedade, bem como é um dever do Estado que haja dentro dos lares brasileiros a predominância de uma estrutura pautada no respeito e na harmonia.

Ana Cecília Parodi e Ricardo Rodrigues Gama nos ensina a razão de existir a Lei através destas palavras (2009, p. 15):

A elaboração do projeto de lei foi motivada pela constância da violência em tantos lares brasileiros, chegando algumas pessoas até a propalar a ideia de que faz parte da cultura brasileira. Indubitavelmente, estamos diante de um despropósito lamentável. Chamando a atenção para o apelo do Direito Penal para a positivação do tipo penal, não tardaram os projetos de lei que se ocupavam da descrição da conduta a ser considerada ilícito penal e a respectiva punição. A par disso, deve ser ressaltado o interesse da sociedade e do próprio estado em contar com lares onde devem reinar a paz.

A criação da Lei 11.340/2006 tem por escopo sanar ou diminuir a incidência das diversas formas de violência contra a mulher, que se fizeram nitidamente numerosas em razão da grande incidência nos lares brasileiros.

Essas formas de violência ultrapassam a violência física, alcançam a violência moral, sexual e econômica.

O Estado Democrático de Direitos deve, constantemente buscar a igualdade entre todas as esferas da sociedade e, nitidamente fez-se imprescindível que buscasse, de alguma forma, através da Tutela do Direito Penal, mas não só constituído dele, como também com reflexos na esfera cível, trabalhista, administrativa, que sanasse ou ao menos amenizasse as formas de violência contra as mulheres, praticadas por seus companheiros, ou familiares, dentro do ambiente doméstico ou familiar.

3.2 Medidas protetivas

A Lei Maria da Penha que tem reflexos em vários âmbitos jurídicos, tem, indubitavelmente, maior reflexo no direito penal.

Ante a urgência e necessidade da criação de mecanismos que tivessem características de cautelares é que se criaram as medidas protetivas para a mulher. Ou então, conforme Fontoura Porto (2012, pg 98):

O legislador brasileiro, inspirado em documentos internacionais dos quais o Brasil tomou parte, sensibilizou-se contra uma injusta tradição de nefandas consequências: a violência generalizada contra a mulher por parte do homem, e deliberou legislar sobre o tema, buscando, dentre outros meios mais tipicamente promocionais, combater uma das causas desta lamentável tradição: a impunidade ou, no mínimo, proteção deficiente, através da autorização de medidas protetivas de urgência a serem deferidas em favor da mulher agredida, com nítido cunho cautelar e inspiradas nas ideias de hipossuficiência da mulher, informalidade, celeridade e efetividade.

O artigo 11 da aludida Lei estabelece medidas protetivas de cunho administrativo que serão tomadas no atendimento da mulher ofendida:

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências: I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro,

quando houver risco de vida; IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar; V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis⁵.

Há também as medidas protetivas de urgência que podem ser concedidas pelo juiz a requerimento do Ministério Público ou da ofendida.

O artigo 22 da Lei Maria da Penha elenca essas medidas protetivas que serão aplicadas pelo juiz, separadamente ou em conjunto, sempre que configurada a violência doméstica ou familiar e são destinadas ao agressor:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios⁶.

Existem entendimentos de que, como os incisos I,II e III tem natureza pública e o agressor é o destinatário principal, a competência seria do Ministério Público, mediante requerimento, contudo, há divergências e parte dos entendimentos reconhecem que a ofendida também é competente para tanto.

Os dois últimos incisos, com natureza civil, o entendimento é unânime quanto ao requerimento da ofendida.

O artigo 23 da Lei 11.340/06 traz medidas protetivas destinadas a ofendida, com caráter pessoal, sendo que, seus incisos I e II são de cunho administrativo:

⁵ BRASIL, 2006.

⁶ Idem.

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 corpos⁷.

O seguinte artigo, 24, decorre sobre medidas protetivas de caráter patrimonial, ou seja, há uma preocupação do Estado em proteger os bens do casal ou até os bens próprios da vítima:

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo⁸.

Este artigo, juntamente com os incisos III e IV do artigo 23, que trata de questões civis, podem, sem divergências, serem requeridos pela ofendida.

Essas medidas protetivas foram criadas com evidente caráter cautelar, com o objetivo de proteger o bem em risco, seja ele a vida, integridade física, moral, patrimonial, sexual da vítima.

Podem ser concedidas, assim como nas cautelares do direito processual civil, sem que o agressor se manifeste antecipadamente, no entanto, para a aplicação destas medidas protetivas não precisa a comprovação do *periculum in mora* ou do *fumus comict delicti*.

A não comunicação prévia da imposição de medidas protetivas gera polêmicas por parte dos juristas, que entendem que há nítida violação do Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.

Com as polêmicas presentes ou não, a criação das medidas protetivas, sejam elas administrativas ou com caráter de urgência, destinadas ao agressor ou a

⁷ BRASIL, 2006.

⁸ Idem.

vítima, são meios necessários e importantes para assegurar, de maneira cautelosa a vida da ofendida, sua saúde, seja ela moral, física ou sexual e também para assegurar o seu patrimônio.

Sendo assim, mostra-se mais uma importante característica da Lei 11.340/2006 para proteger a mulher do seu agressor em ambiente familiar ou doméstico.

3.3 Sujeitos ativo e passivo

Como sujeito passivo, a lei determina que seja somente a mulher. Não traz literalmente a possibilidade do homem figurar neste polo. Isso em razão do propósito da criação da lei, que foi erradicar a violência praticadas pelos homens e companheiros contra as mulheres em ambiente familiar. Trata-se, portanto, de sujeito passivo próprio.

No polo estarão os maridos, companheiros, ascendentes, descendentes, parentes, desde que no âmbito doméstico, familiar, ou em uma relação íntima de afeto.

Insta salientar que a lei não determinou que o sujeito ativo do conflito fosse, necessariamente, do sexo masculino, o que faz com que gere, dentro dos diversos entendimentos, divergências.

Importante analisar, que, dentro deste celeuma, há o entendimento de que os aplicadores do direito não devem restringir a norma e somente permitir que atuem no polo ativo pessoas do sexo masculino. No entanto, há quem defenda que é necessário maior interpretação e restringir esse entendimento, afinal, o objetivo da criação da Lei foi justamente erradicar a violência e discriminação que a mulher sofre perante o homem.

Assim sendo, nos ensina Pedro Rui da Fontoura Porto (2012, p.31):

Deste modo, a razão que informa a Lei 11.340/06 situa-se em uma pressuposta superioridade de forças do homem sobre a mulher e em u,a nefanda realidade construída cultural e historicamente, em que o homem hierarquizou relações, posicionando-se nos lugares predominantes da

estrutura social, com o que se determinaram a submissão e a discriminação contra a mulher. Como já se salientou, esta superioridade geral masculina é muito clara quando se trata de força física, do potencial de intimidação e da superioridade hierárquica, no seio familiar, econômico e social, que o homem, como regra, possui sobre a mulher, eis a razão, possui sobre a mulher, eis a razão que inspira, em sua totalidade, a Lei 11.340/06.

Destarte, evidencia-se que no polo passivo deva figurar somente pessoas do sexo feminino, por disposição legal, enquanto que, no polo ativo, há discussões que abarcam a possibilidade de também figurar mulheres. Defendem que, a lei, ao descrever a palavra “agressor” é descrita como gênero, podendo englobar homens e mulheres.

Para o entendimento de que somente os homens devem figurar no polo ativo da relação, é defendida a ideia de uma interpretação restritiva feita na Lei, que deve ser levado em consideração todo o aspecto histórico que fez imprescindível a criação da lei, bem como as razões culturais, sociais e biológicas que levam a mulher a margem do homem, determinando uma situação de vulnerabilidade e discriminação no ambiente doméstico e familiar.

3.4 Violência de gênero

O artigo 5º da estudada Lei Maria da Penha estabelece:

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 patrimonial⁹.

É feita, portanto, referência à violência baseada no gênero e, em razão desta violência de gênero é que se busca a Tutela da Lei Maria da Penha.

Violência é toda ação ou omissão que submeta outrem a uma situação degradante ou que submeta a um constrangimento físico, sexual, moral ou até mesmo patrimonial, cometido contra a vontade da vítima.

⁹ BRASIL, 2006.

A violência de gênero é aquela violência exercida por uma classe de sexo em face da outra. Como no caso em estudo, a vítima, por determinação legal, só pode ser a mulher, então, obrigatoriamente, significa dizer que se trata da violência do homem sobre a mulher, e aqui também há uma justificativa para que somente os homens configurem no polo ativo da relação.

Esta violência está intimamente relacionada com a necessidade do homem exercer sobre a mulher uma dominação e coloca-lá em uma situação de submissão, vulnerabilidade e discriminatória.

Ana Cecília Parodi e Ricardo Rodrigues Gama buscam conceituar a violência doméstica e familiar contra a mulher com as seguintes palavras (2009, p.52):

A violência doméstica e familiar assume dimensão bem mais ampla do que aquela experimentada na forma genérica de alguns tipos penais. A intervenção de uma pessoa na vida de outra vai caracterizar a violência quando o objeto for violar direitos, ofendendo ou causando tortura. Tal intervenção pode assumir a forma física ou moral, avançando sobre a integridade física, mental ou intelectual, lesando assim o conjunto de direitos tendentes a promover o desenvolvimento físico, mental, moral, intelectual e social de cada indivíduo.

Destarte, a violência pode ser exercida de várias maneiras, estabelecidas exemplificativamente no artigo 7º da Lei 11.340/06, já que adotam a expressão “entre outras”. Estas violências podem variar em física, econômica, moral, sexual como determina o tipo legal, mas de maneira exemplificativa.

Serão brevemente analisadas as formas previstas em lei das violências cometidas em âmbitos doméstico ou familiar descritas na Lei Maria da Penha.

3.4.1 Violência física

Violência Física, que aquela prevista no primeiro inciso do artigo 7º da estudada lei, é a violência que irá causar à vítima um prejuízo na sua anatomia, ao físico ou corpo da mulher.

O Código Penal, em seu artigo 129, estabelece as formas de lesões corporais, classificando-as em gravíssimas, grave ou leve.

Necessário que os elementos: nexos de causalidade entre a conduta e a lesão, vontade de lesar a integridade física e a própria lesão são essenciais para se enquadrarem no artigo 7º da Lei Maria da Penha.

O artigo 129, parágrafo primeiro, estabelece que serão de natureza graves aquelas lesões que incapacitem a vítima a realizar suas ocupações por mais de trinta dias. Neste caso, estão incluídas as atividades habituais da vítima.

Também será de natureza grave aquela lesão que expõe a vítima ao perigo de vida, ou seja, órgãos vitais da vítima e suas funções foram expostos ao risco.

Nesta categoria também está presente aquela lesão que causa debilidade permanente de membro, função ou órgão, ou seja, causa uma redução da funcionalidade de membro, órgão ou função.

A aceleração do parto também é uma lesão grave.

Para estas lesões graves a pena, que é fixada entre um a cinco anos poderá ser aumentada em 1/3 em razão do parágrafo 10 do artigo 129.

Em se tratando das lesões gravíssima, cuja pena será de dois a oito anos, aumentadas em 1/3 se praticadas em âmbito doméstico, são aquelas previstas no parágrafo 2º do artigo 129, quais sejam: a lesão que incapacita permanentemente a vítima ao trabalho; aquela que causa uma doença incurável, o que significa dizer que a medicina não descobriu a cura para a doença resultante da lesão corporal contra a vítima.

A perda e inutilização de membro, função e sentido também é uma lesão gravíssima, ou seja, membro, função ou sentido foram perdidos ou inutilizados em razão da lesão. A deformidade permanente e o aborto encerram a classificação das lesões gravíssimas.

Lesões leves são aquelas classificadas por exclusão, não sendo gravíssima ou grave, será de natureza leve.

O parágrafo terceiro do artigo 129 do Código Penal, que tem pena mínima de 4 anos e máxima de 12 anos, podendo ser aumentada em 1/3 em razão

do décimo parágrafo, trata da lesão corporal seguida de morte. Aqui está presente o preterdolo, ou seja, o sujeito não buscou o resultado morte, mas assumiu o risco a partir do momento em que praticou a lesão. Estão presente no seu elemento subjetivo o dolo na pratica da lesão e a culpa no resultado morte..

3.4.2 Violência moral e violência psicológica

A violência psicológica, prevista no segundo inciso do 7º artigo é aquela que irá causar dano emocional a vítima, ou então diminuir sua auto estima, prejudicar ou perturbar o pleno desenvolvimento, aquela que provoque degradação, tenha por fim controlar os objetivos da vítima, seus comportamentos e decisões, bem como influenciar na sua crença, através da ameaça, manipulação, constrangimento, isolamento, vigilância e perseguição constantes, chantagens, insultos, exposição ao ridículo, exploração e até mesmo limitando no seu direito de ir e vir.

Este segundo inciso é exemplificativo por encerrar afirmando que qualquer forma de violência que cause prejuízo a autodeterminação e ao psicológico será considerada violência psicológica.

Será violência moral, conforme estabelece o inciso V também do artigo 7º, aquela violência que configure em calúnia, difamação ou injúria.

A calúnia, que é o primeiro crime contra a honra, tipificado no artigo 138, é aquele que se configura por ser imputada falsa pratica de ato criminoso a alguém. Neste caso, devem estar presentes a imputação de um fato, que deve ser criminoso e falso. Busca-se, portanto, resguardar a honra objetiva da vítima, sua autoestima, e seu sentimento de dignidade.

A difamação, prevista no artigo 139 que busca, assim como no artigo 138, assegurar a honra objetiva da vítima, é entendida como aquela em que se atribui fato ofensivo a alguém, não necessitando que seja falsa imputação.

Por fim, a injúria, prevista no artigo 140, que busca proteger a honra subjetiva do ofendido, ou seja, tutela o decoro do individuo, é caracterizada por ser atribuído a alguém qualidade negativa que atinja sua dignidade.

3.4.3 Violência patrimonial

Prevista no inciso IV do artigo 7º da Lei Maria da Penha é aquela que se configura na prática de retenção, subtração, destruição, mesmo que parcial dos bens da vítima, de seus objetos ou instrumento de trabalho. Este inciso inclui, ainda, todos os instrumentos destinados a satisfazer as necessidades da mulher.

3.4.4 Violência Sexual

Presente no inciso III do artigo 7º da Lei 11.340/06, a violência sexual prevê a existência de intimidação, ameaça, coação ou mediante o uso da força para constranger a mulher a participar ou presenciar de uma relação sexual.

Este dispositivo vai além destas possibilidades e também prevê a indução de comercialização ou utilização de sua sexualidade. Também tutela a autodeterminação da mulher decidir sobre o uso de métodos contraceptivos, sobre o casamento ou a gravidez. Veda a indução ao aborto ou a prostituição através da chantagem, suborno ou manipulação e, por fim, veda a limitação que possa ser exercida sobre a mulher sobre os seus direitos sexuais e de reprodução.

Desta forma, encerra-se este capítulo com uma breve análise sobre algumas das formas de violência, que não são taxativas, contra a mulher.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As normas jurídicas são divididas entre princípios e regras. Os princípios são normas que mostram uma direção de conduta ao restante do ordenamento jurídico. São vetores que estabelecem um norte para a criação e aplicação das normas jurídicas, que tem o dever de tutelar os direitos protegidos por eles e, portanto, tutelados pela Constituição Federal.

Os Princípios Constitucionais, por estabelecerem uma direção para a criação de normas e sua interpretação, carregam uma característica de ocuparem elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico. Também tem a força normativa de impor determinadas condutas, trazem consigo a característica da imperatividade. São abstratos e, sem perder sua força de norma, merecem especial interpretação para aplicação ao caso concreto, não anulam outros Princípios ou regras porque, diferente das regras, trazem como qualidade, poder conviver com outras normas conflitualmente.

Dentre os Princípios encontrados na Magna Carta, é possível dividi-los em positivados e não positivados. Os Princípios Positivados são aqueles que encontram previsão expressa na Constituição Federal, como são os Princípios Federativo, Republicano e do Estado Democrático de Direito.

Possível encontrar também os Princípios não positivados, que são aqueles extraídos de uma interpretação da Constituição Federal.

Dentre aqueles positivados, de suma importância para o trabalho em tela é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo primeiro da Constituição Federal.

Dentre o rol de Direitos e Garantias Fundamentais, logo no artigo quinto da Constituição Federal, é possível extrair o Princípio da Igualdade.

Como Princípios Constitucionais, é notória a importância e relevância jurídica que impõe sobre a criação de normas por todo o ordenamento jurídico, sendo certo que qualquer criação de norma que venha a violar qualquer dos

Princípios Constitucionais, estarão em desalinho com a Constituição Federal e sofrerão uma reprimenda sendo vedada sua aplicação.

Destarte, a criação da Lei Maria da Penha respeitou integralmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como foi necessário para que o Princípio da Igualdade se fizesse presente dentro dos lares diante do desequilíbrio que encontramos nos dias atuais e remotos, entre o homem e a mulher no ambiente Doméstico.

4.1 Princípio da igualdade

O Princípio da Igualdade ou Princípio da Isonomia se faz presente como exigência da Constituição Federal ao nos ensinar que todos serão iguais e sem distinção, perante a lei.

Deve ser entendido e estudado como um Princípio que tem o escopo de fazer a criação de medidas ou normas que estabeleçam a igualdade entre aqueles que se encontram em estado de vulnerabilidade e por consequências sociais, culturais e até mesmo biológicas sofrem determinados tipos de discriminação.

A criação deste Princípio não tem a finalidade de equiparar todos os indivíduos em um mesmo patamar, mas prega pela criação de normas que afastem a desigualdade ora existente e prega pela não criação de normas que afrontem a isonomia. Desta forma, os desiguais terão tratamentos desiguais, enquanto existe essa desigualdade.

Importante estabelecer quem são os iguais, os desiguais e qual é a medida da desigualdade.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p.131):

Em primeiro lugar deve-se ter presente que a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las. Assim, quando estabelece a maioria

civil aos 21 anos, discrimina, sem, no entanto, incorrer em qualquer inconstitucionalidade.

Ainda para poder reconhecer o Princípio da Isonomia, importante reconhecer em cada situação os seguintes elementos: fator discriminatório, correlação lógica entre o fator discriminatório e a tutela pretendida em relação a discriminação apontada e também verificar se o elemento anterior tem valores tutelados pela Constituição Federal. Ou então, nas palavras do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 17):

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

A elaboração da tão demorada Lei 11.340/2006, que não foi somente uma resposta ao trágico caso Maria da Penha, mas uma resposta a todas as mulheres que sofrem com a violência doméstica, tem o total respaldo do Princípio da Isonomia, uma vez que, observado todo o histórico de discriminação tanto no meio privado quanto público bem como todo o tipo de violência que a classe feminina enfrenta a séculos, faz nascer dentro da sociedade a urgência de uma proteção que acabe com a desigualdade que aflorou no seio da humanidade ou então, que atenuie as injustiças que as mulheres sofrem pelo fato de serem “elas”.

A Lei estudada recebe o amparo não só do Princípio da Isonomia quando analisados pelo artigo quinto da constituição federal, tanto em seu caput quanto no seu primeiro inciso, como também tem todo o acolhimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A classe feminina dentro do ambiente doméstico é o critério adotado para que receba o respaldo legal da Lei 11.340/2006, tendo em vista o grande número de mulheres vítimas de discriminação e violência dentro dos seus lares. Toda a violência gerada contra as mulheres afrontam de maneira contundente a Dignidade da Pessoa Humana, Princípio expresso na Carta Maior, seus valores morais, físicos, econômicos e sexuais. À vista disso, com o objetivo de acautelar

grande parcela da sociedade brasileira feminina, trazendo mecanismos que as defendam e que garantam uma maior efetividade da justiça, uma vez que de outras maneiras restaram infrutíferas, a Lei Maria da Penha trouxe em seu corpo uma razão lógica de existir e fundamentos Constitucionais.

Observados esses pontos, afasta-se a possibilidade desta Lei estar em dissonância com o Princípio da Isonomia, visto que, para que algum dispositivo afronte este Princípio, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo (1998, p. 38):

É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardar relação pertinente lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Dentro do instituto da Igualdade há uma divisão entre a igualdade formal e igualdade material, sendo a igualdade formal a estrita, na forma literal da lei, e pautada na isonomia de direitos, sem maiores interpretações, sem considerar características próprias do grupo ou sociedade, enquanto que, a igualdade material é analisada sob um prisma de igualdade social, levando em consideração aspectos que desigalam grupos na sociedade.

4.1.1 Princípio da igualdade formal

O Princípio da Igualdade Formal é aquele extraído literalmente da expressão Constitucional “todos são iguais perante a lei”.

É a simples aplicação da norma aos casos concretos sem maiores implicações ou interpretações. Sua forma literal no artigo 5º é um exemplo de direito fundamental de primeira geração.

A igualdade formal, contudo, é genérica, sua aplicação se restringe à lei e não atende, no entanto, o verdadeiro objetivo esculpido no artigo 5º da Carta Maior.

Nas palavras de Naele Ochoa Piazzetta (2001, p. 79):

Este artigo 5º preconiza a igualdade formal, aplicável a todos os indivíduos genericamente e pertence ao que se denominou de direitos de primeira geração. Em se tratando de homens e mulheres deve-se ter presente que a efetivação do Princípio da Igualdade somente será possível com a ampliação dos direitos de segunda geração – os direitos a igualdade material, já que o Estado não é mais um garantidor de direitos, e sim devedor de direitos.

Notório é que o Estado não tem o condão de garantir a igualdade pautada somente na sua interpretação formal, afinal de contas, seria uma garantia baseada na interpretação literária da lei e que não atingiria o fim a que se destina. Sua criação foi para sanar deficiências sociais e violações a igualdade, mas esta forma de aplicar a lei não afasta a discriminação e não é suficiente para satisfazer o que a Dignidade da Pessoa humana determina.

Segundo Juarez Freitas (1998, p. 19):

(...) a interpretação conforme a Constituição passa a ser, antes de mais, uma exegese que prestigia os princípios fundamentais enraizados ao longo da Carta, cumprindo ao intérprete, criteriosamente, desvelá-los e protegê-los a eficácia ou efetividade, no sentido largo do termo. Ademais, o hermeneuta pode considerar, fundamentadamente, como desdobramentos ou conseqüências dos princípios fundamentais constitutivo do ordenamento, os princípios da igualdade e da inviolabilidade do direitos à vida (...). De qualquer sorte, ao elencá-los, o intérprete sistemático estará sempre hierarquizando-os, na formação concreta do sistema, e julgando consoante tal hierarquização de cunho axiológico. Em outro dizer, o sistema jurídico em geral é o resultado direto da interpretação, que se estabelece desde um catálogo, expresso ou tácito, de princípios, de normas e valores.

Desta maneira, conclui-se que, os princípios da Constituição Federal, não são como normas, que só serão passíveis de ponderação de maneira excepcional por já terem passado por uma prévia ponderação e por anularem umas as outras.

Os princípios, portanto, devem ser interpretados de maneira a garantir sua aplicação com eficácia e aptos a atingir a finalidade a que se destinam. As demais normas nascem da interpretação teleológica e axiológica de todos os princípios e demais dispositivos legais.

Destarte, faz-se necessária a interpretação material do instituto da igualdade para que a Lei possa alcançar de maneira competente sua finalidade de

tratar os iguais com a mesma igualdade e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, erradicando com a violência, discriminação e marginalização de parcela da sociedade.

Aplicando somente o princípio da igualdade formal apartado da sua interpretação material, seria inconstitucional a Lei Maria da Penha. Ora, foi uma lei criada somente para as mulheres e não há essa proteção aos homens. Ou então essa lei deveria alcançar a classe masculina? Mas então não estaria sendo feita uma aplicação material do Princípio da Isonomia porque a sociedade clama pela justiça da mulher que historicamente e até os dias atuais sofrem com discriminação e violência de todas as formas praticadas pelos homens em seus lares, e que são frutos de uma sociedade machista que coloca a mulher em patamar diminuto.

Este tipo de violência se mostra evidente e latente no universo feminino e contra ele. Faz-se necessária a interpretação material da Lei Maria da Penha para que seja efetivamente aplicada.

4.1.2 Princípio da igualdade material

Através dos direitos de segunda geração o Estado passou a interferir nas relações da sociedade e surgiram os Direitos sociais, culturais e econômicos, advindos do Princípio da Igualdade. O Estado, quando em um primeiro momento, nos direitos de primeira geração, era omissivo e não intervinha nas relações entre as pessoas, titulares individuais dos Direitos Fundamentais. O Direito Fundamental primordial foi o direito a Liberdade como forma de oposição ao Estado e uma maneira de separar o Estado da sociedade.

A interpretação literal do direito a igualdade literal encontrada no artigo 5º da Constituição Federal é um exemplo de direito de primeira geração.

A segunda geração de direitos fundamentais trouxe à tona a necessidade do Estado interferir dentro das relações sociais, esses direitos eram voltado a coletividade e não mais vistos como direitos individualizados. Com a interferência maciça do Estado com as relações entre a sociedade foi necessário a

criação de mecanismos capazes de satisfazer toda a garantia desses direitos fundamentais a toda a sociedade.

O Estado ao criar normas e outros dispositivos no ordenamento jurídico deve respeitar inclusive a forma material do princípio da isonomia.

Quando tratamos das relações entre homens e mulheres sabemos que são indivíduos com características diferentes e, no entanto, não deixam de ser seres humanos. Contudo, há a discriminação abusiva contra a classe feminina e a existência de violência e tratamentos desumanos por parte de parcelas dos homens na sociedade. Desta forma, evidencia-se a discriminação que deve ser combatida justamente por existir o princípio da Igualdade.

Segundo Campos apud Piazzeta (2001, p.87):

A prescrição do princípio da igualdade formal prescinde do fato de que hajam diferenças pessoais. A igualdade substancial, ao contrario, consiste em que as pessoas devam ser consideradas iguais tanto quanto possível, justamente porque não se pode prescindir do fato de que são, econômica e socialmente desiguais. No primeiro caso tem-se as diferenças. No segundo, as desigualdades. As diferenças devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas e as desigualdades devem ser reconhecidas para serem removidas ou recompensadas.

Importante frisar que a igualdade material não anula a igualdade formal, que deve ser entendida como relativa, haja vista existir limites para sua aplicação, afinal, as pessoas se diferem em vários aspectos físicos, econômicos, culturais e sociais. Destarte, necessária a criação de mecanismos capazes de equiparar aquelas pessoas marginalizadas e vulneráveis à sociedade, sem, contudo, levar ao prejuízo aqueles que não as vitimizaram.

A Criação da Lei Maria da Penha foi uma forma de Ação Afirmativa para dar respaldo a sociedade feminina que sofre com a violência doméstica, em seus diversos gêneros. A classe feminina, semelhante ao homem por serem humanos, mas diferente biologicamente, fisicamente, geneticamente e, por questões sociais, colocadas em um nível de vulnerabilidade e passíveis de discriminação de quaisquer tipos, fez nascer no seio da sociedade a urgência da criação de uma Lei que desse respaldo, segurança às vítimas de violência doméstica, sem perder sua eficácia.

As características próprias desta Lei, suas penalidades e circunstâncias tem o escopo de tutelar as mulheres e atingem somente os seus agressores, não sendo feita em prejuízo de outrem que não seja o próprio agressor.

Segundo Verucci apud Piazzeta (2001, p.89):

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam para que possam ser iguais com direito às suas diferenças específicas é o meio natural para se alcançar a igualdade.

Observa-se que a desigualdade que encontramos no contexto da Lei Maria da Penha é a discriminação e a violência praticadas contra elas e por seus companheiros. Busca-se, através deste dispositivo colocar a mulher vítima da violência doméstica em uma situação de igualdade, afinal, promovem uma justiça que penaliza a todos os homens que vulnerabilizam, agredem e discriminam suas mulheres, como maneira de aplicar substancialmente o Princípio da Igualdade.

4.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Estabelecido no artigo primeiro da Constituição Federal, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana juntamente com o direito à vida ocupa a principal posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana¹⁰.

Destarte, a Dignidade da Pessoa humana, esculpida no artigo primeiro da Carta Maior, deve ser observado e interpretado em todos os Princípios, valores e normas da Lei brasileira.

¹⁰ BRASIL, 1988.

Por ser a dignidade da Pessoa Humana um princípio que deve ser interpretado em todos os outros princípios e por ocupar posição importante na hierarquia do ordenamento jurídico é que devera haver um juízo de ponderação, sendo relativizado ao caso concreto.

Determinar o que é a dignidade vem a ser uma tarefa árdua. É necessário que façamos uma retrospectiva a situações passadas e que foram injustas e que ainda são cometidas dentro da sociedade, para que este princípio venha a corrigir e sanar defeitos instalados na moralidade da sociedade e que ainda perduram entre os povos.

Nas sabias palavras do doutrinador Nunes (2002, p. 48/49):

É por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana.

[...]

Assim, para definir a dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar. Então, se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é.

Um retrospecto à história das mulheres na sociedade brasileira mostra claramente que a injustiça marcada pelas formas de violências e discriminação continuam até os dias atuais. Ferindo contundentemente a dignidade feminina, atingindo a sociedade como um todo e ferindo este princípio que ocupa posição extrema na hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana passou a ser positivada após a Declaração Universal da ONU, no ano de 1948 e é possível observamos está positivação em vários dispositivos da Constituição Federal, começando pelo artigo primeiro. O artigo quinto prega que é vedado o tratamento do ser humano como objeto, sendo afastado o seu valor como ser humano.

O artigo 170 fala sobre uma das funções da ordem econômica, que seria garantir existência digna para todos. Já o artigo 226, parágrafo 7º, explicita que o planejamento familiar deverá ser feito com base na dignidade da pessoa humana.

O caput deste mesmo artigo traz o dever de assegurar a dignidade para as crianças e adolescentes. Por fim, o artigo 230, assegura a dignidade a pessoas idosas, sendo devedoras desta dignidade a família, Estado e a sociedade.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana deve ser garantia do Estado e da sociedade para qualquer ser humano, pelo simples fato de ser humano, sem distinção de cor, sexo, etnia, idade, esta premissa faz com a dignidade do homem seja irrenunciável e inalienável.

Observando as palavras de Farias Cavalcanti (2010, p. 83-84):

A dignidade, portanto, é atributo da essência dos seres humanos. Valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Refere-se às exigências básicas de homens e mulheres no sentido de que lhes sejam oferecidas existência digna e livre da violência, bem como propiciadas as condições indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento e de suas potencialidades.

Todos os outros Princípios sejam eles da liberdade, igualdade, propriedade, devem encontrar fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa humana, que veda qualquer forma de violação a moralidade e essência do ser humano. Segundo o autor Van Holthe (2009, p.82):

Pelo princípio em tela, o ser humano jamais poderá ser tratado como 'coisa', objeto ou mero instrumento, de forma a negar sua condição humana. Constituem ainda, exigências da dignidade da pessoa humana, entre outros: o respeito à autonomia da vontade (i.e., à liberdade que o indivíduo possui de, ao menos potencialmente, construir a sua própria existência); o tratamento isonômico entre os seres humanos (princípio da isonomia); a proteção da integridade física e psíquica; o respeito à identidade pessoal (incluindo a intimidade, a honra e a imagem dos indivíduos); o direito de propriedade e de uma moradia digna; o direito de não se submeter a tratamento desumano ou degradante; e, finalmente, a prestação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A Lei 11.340/2006 preconizou em seu artigo 6º que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

O tratamento desumano que grande parte das mulheres brasileiras vem sofrendo ao longo dos anos afasta sua dignidade como ser humano. As agressões físicas e morais violam severamente sua integridade física e psíquica. O

tratamento inferiorizado e a violência sexual que muitas sofrem em âmbito doméstico, ferem sua identidade pessoal, atingindo a intimidade e a honra da mulher.

Destarte, é inquestionável que a Lei Maria da Penha foi criada para proteger a dignidade das mulheres agredidas e vítimas de qualquer tipo de violência doméstica, assegurando sua integridade física, psíquica, moral, econômica e sexual.

4.2 Ação afirmativa e o princípio da igualdade material

As ações afirmativas são mecanismos políticos ou ações privadas que podem ser de caráter temporário, que buscam trazer recursos de inclusão social daquelas pessoas que sofreram historicamente ou sofrem determinados tipos de discriminação. São mecanismos ou condutas que tem por escopo reparar e prevenir essas discriminações de caráter étnico, cultural, social, etário, de gênero, dentre outros, bem como buscam prover oportunidades de igualdade para essas pessoas.

Ou então, nas palavras de Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 27):

É um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posição desvantajosas.

A violência doméstica e familiar que ainda assola os lares brasileiros tem causas e consequências que refletem e são de grande impacto na sociedade brasileira.

O Brasil, ainda com resquícios de uma sociedade patriarcal, se revela um país onde a violência de gênero ainda é latente.

A Lei Maria da Penha traz previsões de Ações afirmativas a partir do momento que busca erradicar com a discriminação e violência contra as mulheres no ambiente familiar e doméstico, tutelando direitos e garantias das vítimas e reprimendo determinados direitos e garantias dos agressores, sempre com a finalidade de alcançar a igualdade dentro do ambiente doméstico e familiar, seja ela, física, patrimonial, moral ou sexual, sendo que, não é suficiente apenas que se proíba a discriminação, ou então, nas palavras de Madrugá (2005, p.52):

A tutela das minorias não está compreendida apenas na proibição de tratamento discriminatório. O princípio da solidariedade social e a necessidade de proteção dos mais vulneráveis proíbem, sem dúvida, qualquer forma de discriminação injustificada, preconceito e intolerância.

Evidente que o Princípio da Igualdade é o Princípio máximo que se busca alcançar com as Ações Afirmativas, ao lado, por óbvio do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Mais uma vez, a igualdade que se busca alcançar é aquela igualdade material, que não exclui a aplicação da igualdade geral e genérica da igualdade formal, mas que, por sua vez, é aquela igualdade que a Constituição Federal busca alcançar com base nas desigualdades existentes e dentro de cada classe social que sofre vulnerabilidade, respeitando suas desigualdades, buscando oferecer oportunidades que amenizem e erradiquem com essa desigualdade.

Ou então conforme Menezes (2001, p. 29) a ação afirmativa tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar.

As ações afirmativas buscam, portanto, trazer à tona a igualdade substancial à realidade dos fatos de minorias e grupos vulneráveis, porquanto, a igualdade formal não tem o condão de fazê-la sozinha.

Em se tratando dos institutos de minorias e grupos vulneráveis, há que se diferenciá-los.

Por minoria entende-se um grupo de pessoas, cidadãos que constituem um número menor dentro da população, com peculiaridades como a

linguística, etnia e religião, que os diferem dos demais da população. Vivem também, em busca de alcançar uma igualdade de direitos na sociedade.

Já Sidney Madruga, que defende a ideia de que as ações afirmativas são voltadas para as minorias, afirma que os beneficiários da ação afirmativa são (2005, p.78):

Pessoas físicas discriminadas de uma forma geral em decorrência de sua raça, sexo, idade, deficiência física ou mental, etc., entre as quais se enquadram negros, índios, pessoas com deficiência, idosos, mulheres, entre outros.

Já há o entendimento de que essa classificação se enquadra no conceito de grupo vulnerável.

Seriam os grupos vulneráveis, como as mulheres, idosos, deficientes físicos, são pessoas que, em razão de aspectos como a idade, gênero, condição, orientação sexual, se tornam vulneráveis a sofrerem diversos tipos de discriminação.

As mulheres, portanto, se encaixam nos parâmetros dos grupos vulneráveis.

No entanto, as mulheres violentadas em seu ambiente familiar ou doméstico pode se enquadrar dentro do instituto da minoria, considerando o aspecto da quantidade, mas também, e com mais importância, levando-se em conta o poder de decisão.

Dentro deste contexto de Ação Afirmativa é possível destacar que o Supremo Tribunal Federal entendeu, no HC 106.212, para os casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, que deve ser aplicado o Princípio da Proteção Integral, mesmo instituto utilizado em defesa da criança e do adolescente(ECA), bem como em defesa do idoso (Estatuto do Idoso). Neste caso, o STF afasta da Lei 9099/95 inclusive as contravenções penais ou vias de fato.

Independente de qualquer classificação, o que se faz importante é destacar que, sendo representantes de minoria ou grupo vulnerável, às mulheres violentadas em ambiente doméstico ou familiar foi concebida uma Lei que busca oferecer oportunidades e mecanismos que reduzam a discriminação e violência doméstica, em prol da Igualdade preconizada na Constituição Federal.

5 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

O Controle de Constitucionalidade exercido em um Estado ocorre para que se faça valer o que está exposto na Constituição Federal, afinal, nossa Magna Carta é rígida e nenhuma lei federal, estadual ou municipal pode existir se não estiver em conformidade com a Constituição Federal, o que enseja afirmar que nenhum Estado ou município é soberano, haja vista estar limitado pelas normas positivadas na Constituição, ou então nas palavras de Moraes (2008, p.699):

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou supri-la.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido de maneira difusa (via de exceção ou defesa) ou concentrada (via de ação), também pode ser controle preventivo, que é aquele utilizado para evitar que normas inconstitucionais adentrem no ordenamento jurídico, e também há o controle repressivo, onde busca-se a retirada de norma ou lei que viole a constituição federal ou então busca-se uma nova interpretação da letra da lei adequando-a a Constituição Federal.

O controle preventivo de constitucionalidade é feito, em regra, pelo Poder Legislativo, mas poderá, excepcionalmente ser feito pelo Poder Judiciário, desde que haja provocação do parlamentar, contra sua própria casa e através de mandado de segurança.

Já o controle repressivo de Constitucionalidade, cujo qual é de interesse do presente estudo, é realizado, via de regra pelo Poder Judiciário, mas a exceções em que o Poder Legislativo realiza o controle repressivo, como por exemplo quando é vetado medida provisória.

O controle difuso de constitucionalidade pode ser feito por qualquer magistrado e o objeto do controle de constitucionalidade não é a questão principal

discutida na demanda, mas uma questão incidental conhecida por “questão prejudicial”, que, por sua vez prejudica a discussão referente à matéria principal.

Pode ser alegada por qualquer das partes em qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, sendo sabido que os efeitos que são gerados do controle constitucional realizado sobre essa questão prejudicial não terá efeito “erga omnes”, mas tão somente efeito “inter partes” não sendo, inclusive, efeito vinculante.

A ADC nº 19 – DF elaborada pela Advocacia Geral da União tem seu controle realizado da maneira concentrada, o controle é realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Os efeitos que geram o controle concentrado de constitucionalidade são vinculantes a todos os Tribunais e a todo Poder Executivo, serão, inclusive, “erga omnes” e terão os seus efeitos retroagidos à data da criação da lei, ou ainda, na letra da Lei da Constituição Federal:

CF, art. 102, parágrafo segundo: as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal¹¹.

Os legitimados para proporem ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade são os mesmo, ou seja: Presidente da República, que não tem o “jus postulandi” e então tem a acessória jurídica da Advocacia Geral da União que fará a ação, Mesa da Câmara de Deputados, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara Legislativa ou da Mesa Legislativa, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ADI versa sobre Lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, enquanto que a ADECON somente versará sobre leis ou atos normativos federais.

¹¹ BRASIL, 1988.

5.1 Ação direta de inconstitucional: ADI 4424

A Procuradoria Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da ação a ser impetrada ante aos crime de lesão corporal leve, previstos no artigo 129 do Código Penal, parágrafo 9°.

A divergência sobre o assunto passou a surgir em razão dos dispositivos da Lei Maria da Penha:

Art. 12: Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada¹².

Também em razão do artigo 16 da referida lei:

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.¹³

Incluindo também o artigo 41 da Lei Maria da Penha:

Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995¹⁴.

Ocorreram divergências, sendo que parcela dos entendimentos defendiam que a natureza da ação deveria ser Pública Incondicionada, portanto, aplicava-se completamente o artigo 41 da Lei Maria da Penha, que afasta a aplicação da Lei 9099/95 e, outra parcela dos entendimentos eram no sentido de que a ação era pública condicionada à representação da vítima.

¹² BRASIL, 2006.

¹³ BRASIL, 2006.

¹⁴ BRASIL, 2006.

Só foram sanadas as dúvidas e uniformizado o entendimento com a decisão do Supremo Tribunal sobre a ADI 4424, julgada no dia 9 de fevereiro de 2012, juntamente com a ADC 19/DF, estudada adiante.

Por maioria dos votos e conforme a decisão do Ministro Relator ficou decidida que a natureza da ação penal nos crimes praticados contra a mulher em ambiente doméstico e familiar, pouco importando sua extensão, se dará mediante ação penal pública incondicionada.

5.2 Ação declaratória de constitucionalidade ADC 19/DF

O Presidente da República, através da Advocacia Geral da União, com o objetivo de que fosse declarada a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, sendo certo que havia decisões que deixam de aplicá-las às mulheres em razão da violação do princípio da igualdade, também buscando a constitucionalidade dos artigos 33 e 41 da referida lei que, respectivamente atribui ao juízo criminal julgar casos de violência doméstica e familiar contra a mulher enquanto os juizados com esse fim específico não são criados, bem como a constitucionalidade em serem afastadas as medidas despenalizadoras nos casos esculpados na Lei 11.340/2006, impetrou uma ADC, ou seja, Ação Direta de Constitucionalidade, visando os objetivos a cima expostos.

A finalidade, portanto da Ação Declaratória de Constitucionalidade é transformar para uma presunção absoluta de constitucionalidade a presunção relativa que pairava sobre determinada norma.

Ainda nos dizeres de Alexandre de Moraes (2008, p. 771):

Portanto, o objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade.

É imprescindível, todavia, que seja demonstrado a “comprovada controvérsia judicial” para que possa ser realizado o controle de constitucionalidade sobre a lei. Essa controvérsia judicial consiste na demonstração de que há

divergências judiciais sobre o caso, ou seja, há entendimentos, não doutrinários sobre o caso, mas entendimentos divergentes entre decisões judiciais sobre a lide.

A matéria de controvérsia judicial, objeto desta ação, consiste nas decisões acerca do tema divergentes, sendo que o princípio da igualdade e da proporcionalidade se fazem presentes e constantes nas decisões conflitantes.

No dia 9 de fevereiro de 2012 foi julgada constitucional a Lei Maria da Penha pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade dos votos, acerca da constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da referida lei.

Por unanimidade os ministros da Suprema Corte reconheceram a constitucionalidade dos dispositivos, acompanhando o voto do relator Marco Aurélio, como expostos nos seguintes exemplos.

A primeira ministra a votar no plenário foi Rosa Weber, que defendeu a Lei Maria da Penha sobre o prisma da necessidade da criação de uma Ação Afirmativa em favor da mulher no Brasil.

Em seguida, Luiz Fux afirmou da necessidade da proteção Estatal aos membros da família, conforme estabelecido na Constituição Federal, artigo 226, parágrafo oitavo. Esse entendimento também foi adotado pelo ministro Dias Toffoli, que expôs que a Dignidade da Pessoa Humana deve ser alcançada independente de raça, sexo e opções, sendo o Estado partícipe do alcance à Dignidade da Pessoa humana.

A ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha destacou a discriminação, muitas vezes disfarçada que as mulheres brasileiras sofrem, confirmando a luta pelos Direitos Humanos e a luta das mulheres pela igualdade, afirmando que está longe de acabar.

Ricardo Lewandowski deu seu voto lembrando que foi implementado na lei Maria da Penha uma política criminal mais severa, no que diz respeito ao artigo 41 da Lei, consoante a realidade doméstica e familiar das mulheres brasileiras.

O ministro Ayres Britto afirma a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e a necessidade de existir uma interpretação abrangente em favor das mulheres para confirmar as exigências da Constituição Federal.

Gilmar Mendes enalteceu o princípio da igualdade e afirmou que através dele há a proibição da discriminação, impondo ao legislador dever de tutelar a parte mais frágil da sociedade.

O ministro Celso de Melo, por sua vez, lembrou da importância da Comissão Interamericana de Direito Humanos para a criação da Lei, expondo que o crime cometido contra Maria da Penha deveria ser visto como crime de gênero. A Comissão Internacional de Direito Humanos recomendou ao Brasil que adotasse medidas que coibissem com a violência doméstica e familiar.

Restou comprovado, através das fundamentações arguidas pelos ministros da Suprema Corte que a Lei Maria da Penha não afronta o princípio da igualdade, sua interpretação material alcança o objetivo da igualdade preconizado na constituição federal e a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo tratada devidamente como violência de gênero implicou na necessidade da criação de uma ação afirmativa com tratamentos penais severos para garantir um alcance ideal da lei.

A criação de mecanismos especiais para determinada classe existe pela necessidade de corrigir um desequilíbrio e, considerar a violência doméstica e familiar como uma violência de gênero não afronta princípios da igualdade ou proporcionalidade, são necessários para sanar com a vulnerabilidade que aflige as mulheres no seio doméstico e familiar.

Os tratados internacionais já ratificados pelo Brasil, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dentre outros, recomendaram ao Brasil a criação de leis e mecanismos, como por exemplo que afastassem as medidas despenalizadoras dos delitos de menor potencial ofensivo, mecanismos que possam a violência doméstica e familiar contra as mulheres. A lei Maria da Penha foi criada também em resposta a exigência destes Tratados.

6 JURISPRUDÊNCIAS

Não há na jurisprudência entendimento pacífico quanto à possibilidade de se aplicar a Lei Maria da Penha aos homens, apesar de ser certo que a maioria das decisões aplicam essa Lei aos homens que se encontram como vítimas em situação de violência doméstica e familiar.

Admitem aqueles que consideram aplicável a Lei Maria da Penha ao homem que, sempre que este se encontrar em condição de vulnerabilidade pode ser feita uma interpretação extensiva da Lei para alcançar o homem como vítima.

Também entra como justificativa a aplicação do princípio da igualdade, que aplicado nestas situações em que o homem é a vítima da violência, será dada uma interpretação literal ou formal para se alcançar o resultado desejado.

No entanto, ainda há decisões no sentido de que somente se aplicam a Lei Maria da Penha às mulheres como vítima. Confirmando que a lei foi criada para prevenir e erradicar a violência de gênero, que significa dizer que visa proteger às mulheres da condição de inferioridade imposta pelo sexo masculino.

A seguinte jurisprudência afirma esta parcela do entendimento (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2011):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. VÍTIMA. HOMEM . A lei Maria da Penha foi criada para dar proteção à mulher. Quando a vítima do crime for um homem, não se aplica a Lei Maria da Penha . No caso, a imputação é de crime contra a honra do companheiro, por ter este sido ofendido sob a imputação de ter se apoderado de dinheiro da sogra. No caso criminal concretizado em juízo, é o homem que se sentiu vítima, pelas ofensas e não as mulheres (autoras das ofensas). CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.

Também, do Rio Grande do Sul, outra jurisprudência sobre conflito de competência, versando sobre a Lei Maria da Penha, trouxe sua fundamentação na aplicabilidade da Lei somente para as mulheres. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2014):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LEI Nº 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) - O parecer do ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Keller Dornelles Clós, que opina pela improcedência do conflito, enfrenta, em feliz síntese, a exata apreciação da matéria sob julgamento. - Acrescentamos, somente, que o Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que "Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação." [passagem da ementa do CC 96532/MG (CONFLITO DE COMPETÊNCIA), Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), TERCEIRA SEÇÃO, j. em 05/12/2008]. - Desta forma, é alcançado pela Lei Maria da Penha, conforme tem decidido esta Corte, as agressões perpetradas filho contra mãe (Conflito de Jurisdição Nº 70057001133, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 06/11/2013). - Resulta daí que a competência para examinar o feito é do Juizado da 4ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria, pois o fato configura violência doméstica. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE.

As jurisprudências elencadas a cima revelam que há o entendimento de que ao homem não pode ser aplicada a Lei 11.340/06.

Evidenciou-se que a Lei Maria da Penha foi criada como uma Ação Afirmativa, que visa exclusivamente a tutela de direitos exclusivos das mulheres em ambiente familiar e doméstico ou em relação íntima de afeto. Assim entende-se que é uma lei que tem o escopo de erradicar com a violência de gênero, ou seja, praticada pelo homem sobre a mulher, esculpida na sociedade em razão da inferioridade feminina, em vários aspectos, seja ele físico, moral, patrimonial, imposta pelos homens às mulheres.

Também, no Espírito Santo, em uma apelação criminal, restou julgado improvido o recurso movido pelo agressor contra o Ministério Público em razão da constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, bem como afastou o Princípio da Insignificância do presente caso e também afirmou que a Lei Maria da Penha não viola o Princípio da Igualdade. Vejamos a jurisprudência (ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça, 2009):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL LESAO CORPORAL QUALIFICADA - ARTIGO 129, 9º, DO CÓDIGO PENAL - PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO - REJEITADAS - MÉRITO - PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA VIAS DE FATO - INCABÍVEL - PEDIDO DE ISENÇÃO DE CUSTAS - INVIABILIDADE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA

DA PENHA: A Lei Maria da Penha é a expressão normativa do legislador no sentido de buscar coibir a violência contra a mulher, colocando-a em real igualdade perante aos homens, definindo regras proporcionais para dar efetividade a proteção à mesma, tais como a possibilidade de adoção de medidas protetivas, com o intuito de atingir os preceitos contidos na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de repúdio à violência contra a mulher, que o país é signatário. Assim, não há que se falar em afronta ao artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. Preliminar rejeitada. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO: O artigo 41 da Lei nº 11.340/06 vedou expressamente a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, razão pela qual o 9º, do artigo 129, do Código Penal, passou a ser ação penal incondicionada, não havendo necessidade de haver representação por parte da vítima. Assim, constatada que a ação penal diz respeito a violência doméstica contra a mulher, na forma prevista pelo artigo 5º, inciso III, da Lei Maria da Penha, desnecessária a realização da audiência prevista no artigo 16 da Lei nº 11.340/06, razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade do procedimento adotado. Preliminar rejeitada. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 024.080.009.327. MÉRITO: 1. Em se tratando de lesão corporal qualificada, por ter sido cometida contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340/06, inviável a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que os bens jurídicos tutelados são a integridade física da vítima e a relação familiar, que não podem ser considerados insignificantes. 2. A contravenção prevista no artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41, ou seja, vias de fato, pressupõe ausência de dano físico a integridade física da vítima. Comprovado através da prova pericial a existência de lesão, mesmo que leve, incabível o pedido de desclassificação. 3. O agente, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, pode ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, ficando, todavia, o seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar o seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determinação inserta no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Ademais, a isenção do pagamento é matéria de execução penal, quando, efetivamente, deverá ser avaliada a miserabilidade do beneficiário da justiça gratuita. 4. Recurso conhecido e improvido.

A seguinte jurisprudência acerca da competência do Juízo Criminal Comum para julgar contravenção penal do homem contra a mulher no ambiente familiar traz a seguinte fundamentação. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2007):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. I - A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. II - As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. III - O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma

concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla.

Os argumentos utilizados para fundamentar o acórdão a cima está em consonância com a devida interpretação substancial ou material que deve ser feita do princípio da igualdade para que a lei Maria da Penha alcance seu objetivo, fazendo com que, através desta interpretação haja uma efetividade deste princípio bem como explicita que se trata de uma Ação Afirmativa e ações políticas que combatem a violência de gênero, reafirmando que há uma desigualdade de fato entre os homens e as mulheres, fruto de concepção moral, cultural, histórica e também religiosa.

7 CONCLUSÃO

Destarte, através deste estudo buscou-se demonstrar que a violência doméstica e familiar contra a mulher é um problema latente e severo na sociedade que colocam as mulheres como vítimas de agressões sejam elas verbais, físicas, morais, psicológicas, financeira ou sexuais.

Um problema decorrente da sociedade machista e com resquícios de uma sociedade patriarcal, influenciada pela cultura, pela religião e influenciada também pela sociedade faz da mulher vulnerável no seio o ambiente do seu lar, tornando-a refém das discriminações e violências praticadas pelos homens da sua família, que, apesar de ter uma maior incidência da violência praticada pelo companheiro, o polo ativo deste ato pode ser composto por qualquer homem da família, seja no âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

Para esses casos, portanto, foi criada uma Lei que visa dar proteção às mulheres de todo o Brasil, violentadas em ambiente familiar, doméstico ou em relação íntima de afeto. Esta Lei foi uma resposta ao caso da Maria da Penha, que por duas vezes foi tentado o seu assassinato pelo seu esposo além de diversas outras formas de violência que tivera.

Este caso chegou à Comissão Internacional de Direitos Humanos e a Organização dos Estados Americanos que buscaram incessantes respostas ao caso, mas não obtiveram êxito. Diante da omissão do Brasil, foi expedido um relatório pela OEA que expunha a impunidade do país nos casos de violência doméstica e familiar e, a partir deste episódio vexatório o país passou a cumprir dois importantes tratados internacionais que visavam justamente erradicar com a violência e discriminação contra a mulher.

Como resposta a exigência da CIDH e da OEA, bem como dos tratados já ratificados e até então não cumpridos, é que se fez a Lei Maria da Penha, com o número 11340/06.

Esta lei, por sua vez, é também uma Ação Afirmativa, já que traz mecanismos políticos e ações privadas para trazer a inclusão social, ainda que essa

inclusão se delimite no ambiente familiar e doméstico, daquelas pessoas que sofreram e sofrem discriminação na sociedade.

Através de uma interpretação do princípio da igualdade substancial é que se traz a fundamentação da criação desta lei ou ação afirmativa, também em razão do princípio da Dignidade da Pessoa humana.

Assim como utilizado em outras ações afirmativas e com o objetivo de dar maior proteção às mulheres é que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de aplicar, também às mulheres, o Princípio da Proteção Integral.

Um dos grandes celeumas que surgiram após a criação da lei foi que seria inconstitucional por violar o princípio da igualdade, no entanto, ao ser feita uma interpretação material ou substancial deste princípio é que vem a tona a constitucionalidade da lei.

Está lei também está em consonância com princípio da dignidade da pessoa humana, vez que, a dignidade é tudo aquilo que é intrínseco ao ser humano, são as exigências mais simples e básicas do ser humano para uma vida sem violência, em igualdade, com a autonomia da vontade respeitada de cada ser humano respeitada e uma vida digna.

A lei Maria da Penha tem uma principal atuação no âmbito penal, com determinadas exigências que também foram alvos de ações para afirmar sua constitucionalidade, como o artigo 41, que afasta da competência do juizado especial criminal crimes de menor potencial ofensivo praticados contra a mulher nessas situações.

O STF por unanimidade declarou constitucional o artigo 1º da Lei Maria da Penha, bem como o artigo 41 e o artigo 33, que dispõe sobre a competência das varas criminais para o julgamento dessas demandas enquanto não consolidados os juizados especiais em favor da mulher.

A fundamentação que justifica a constitucionalidade da Lei e seus dispositivos são sempre a necessidade de um meio que erradique com a violência e discriminação contra as mulheres que surgiram há anos em decorrência de multifatores, sendo esse meio uma ação afirmativa e baseada numa lei de gênero, o que significa dizer que deve ser aplicada em favor das mulheres contra a violência

masculina, já que os homens exteriorizam uma superioridade ante as mulheres que as colocam em situação de submissão e vulnerabilidade.

Todos esses fatores e fundamentos fazem do sexo feminino o único sujeito passivo a quem pode se impor a Lei Maria da Penha, apesar de diversos entendimentos e julgados se oporem isso e por analogia estenderem aos homens que sofrem alguma espécie de violência familiar ou doméstica, em estado de vulnerabilidade.

No entanto, aplicar a lei Maria da Penha aos homens é afrontar o princípio da igualdade material, sua efetividade e seu objetivo dentro do ordenamento jurídico, certo que a forma de interpretação material do princípio da igualdade é a que atinge a finalidade do princípio esculpido na Magna Carta, sendo que, à lei, deve ser dada interpretação formal para que atenda a sua finalidade e os objetivos que fizeram necessária a sua criação.

A lei, para atingir o seu fim e a sua razão de existir, portanto, deve ser aplicada somente em favor das mulheres, assim como está disposto nas letras que a compõe.

8 BIBLIOGRAFIA

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. 1994. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2014

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. Senado. 1988.

_____. **Lei Federal 11.340 (Maria da Penha)**. Senado. 2006.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. 2012. Brasília. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2584650>. Acesso em 19 de outubro de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. 2012. Brasília. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>. Acesso em 19 de outubro de 2014.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da lei 'Maria da Penha', nº 11.340/06**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

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

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

ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação**. Lesão Corporal Qualificada. Relator: JOSÉ LUIS BARRETO VIVAS, dje. 20/02/2009. Disponível em <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5055764/apelacao-criminal-apr-24080009327-es-24080009327/inteiro-teor-14938582>. Acesso em 19 de outubro de 2014.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUARIENTO, Juliana Nacano. **Princípio da igualdade: evolução histórica e jurídica**. Presidente Prudente, 2002. 63 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002.

HOLTHE, Leo van. **Direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha comentada**. Leme: Mundo Jurídico, 2007.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995-1999.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de. **Conflito de Competência**, Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, dje. 11/01/2008. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5939894/100000745757620001-mg-1000007457576-2-000-1>. Acesso em 12 de outubro de 2014.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta, **Constituição, Minorias e Inclusão social**. São Paulo: Rideel, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OMMATI, José Emilio Medauar. **A igualdade no paradigma do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha: comentários à lei nº 11.340/2006**. 1. ed. Campinas: Russell, 2009.

PORTO, Pedro Rui de Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei nº 11.340/06 análise crítica e sistêmica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do. **Conflito de Competência**. Relator: NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, dje. 27/05/2011. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19305268/conflito-de-jurisdicao-cj-70042334987-rs>. Acesso em 11 de outubro de 2014.

_____. **Conflito de Jurisdição**. Relator: MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA CANOSA, dje. 31/07/2014. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130288784/conflito-de-jurisdicao-cj-70058094715-rs/inteiro-teor-130288794>. Acesso em 19 de outubro de 2014.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Comentários à nova lei de drogas e lei Maria da Penha: violência doméstica**. Leme: Imperium, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

UNIDAS, Organização das Nações. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**. 1979. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contras-as-mulheres-1979.html>. Acesso em 19 de outubro de 2014.