



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOSÉ ROSEAN FERNANDES DE OLIVEIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N.º.  
11.340/06)

SOUSA - PB  
2008

JOSÉ ROSEAN FERNANDES DE OLIVEIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N°.  
11.340/06)

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Thiago Marques Vieira.

SOUSA - PB  
2008

José Rosean Fernandes de Oliveira

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº. 11.340/06)

Aprovada em: 08 de julho de 2008.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Thiago Marques Vieira – UFCG  
Professor Orientador

---

Prof. Esp. João de Deus Quirino Filho – UFCG  
Professor

---

Prof. Leonardo Figueiredo – UFCG  
Professor

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho marca a conclusão de uma vida acadêmica, bem como o início de uma nova caminhada. Durante essa trajetória me deparei com inúmeros obstáculos, porém a fé em Deus e a persistência foram essenciais para o alcance da superação, bem como para que o sonho se tornasse realidade.

Por tudo isso, quero inicialmente agradecer a Deus por todas as coisas, pretéritas, presentes e futuras. Minha saudosa mãe a ti eu dedico esta magnífica conquista, pois foi graças ao seu apoio e incentivo que eu consegui realizar este sonho maravilhoso, saiba que eu jamais a esquecerei.

Agradeço especialmente a minha família: Fábiana minha esposa; minhas duas filhas Sara Viviane e Samilly Virgínia, pelo carinho e pela paciência em todos os momentos dessa caminhada, e ainda, a minha querida irmã Rérice Meire pelo apoio prestado nas horas difíceis.

Quero também agradecer a todos os professores desta universidade pelas valiosas lições de direito e de vida que me foram passadas durante todo esse tempo. Agradeço ao meu orientador Thiago Marques Vieira, pela paciência, dedicação e toda atenção que me concedeu durante a feitura desse trabalho.

Eternas gratidões a Cidade de Sousa e a todos que compõem esse Campus, pela calorosa acolhida, pelos ensinamentos e pela oportunidade que me foi dada, pois aqui passei mais de cinco anos de minha vida, convivendo na companhia de pessoas especiais, aprendendo juntamente com os demais colegas dessa inesquecível turma a sermos verdadeiros operadores do Direito, bem como aprendemos a saciar nossa sede de conhecimentos nessa esplendorosa fonte da sabedoria chamada UFCG.

Enfim, agradeço a todos os meus amigos, familiares e demais pessoas, que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse momento. Que Deus os ilumine e vos abençoe.

## RESUMO

No dia 22 de setembro de 2006 entrou em vigor no Brasil a Lei n. 11.340, que trata da criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei foi batizada como Lei Maria da Penha, em homenagem à cearense homônima, que se tornou símbolo da luta contra a violência doméstica contra a mulher. Essa lei, como muitas outras no campo penal gerou e ainda gera inúmeras discussões sobre sua (in) constitucionalidade e sua efetiva aplicabilidade social. A nota central da pesquisa procura desvendar se o arcabouço normativo trazido pelo novel diploma legislativo se coaduna com a ordem constitucional vigente, observando se as medidas protetivas e repressivas contidas no bojo da Lei Maria da Penha se revelam em instrumento capaz de combater a violência doméstica e familiar contra a mulher. A pesquisa será quanto a esse aspecto precipuamente bibliográfica, utilizando-se dos métodos de observação e do método dedutivo. A Lei Maria da Penha é fruto da necessidade de um combate diferenciado para o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. Constatou-se que o legislador ao identificar a necessidade de sanar esse mal optou pela produção de um sistema legal de proteção que previu inúmeros instrumentos protetivos, ao mesmo passo que elenca uma série de medidas penais e processuais de índole repressiva. Ocorre que algumas dessas medidas (nova modalidade de prisão em flagrante; renúncia judicial da representação) parecem não se coadunar com o princípio da igualdade, nem o da proporcionalidade, visto que utilizam doses diferenciadas de tratamento para violências que certamente tem o mesmo resultado negativo no seio social - a diferenciação da punição de um pai que espanca um filho para àquela em que o mesmo pai agride a filha parece não se compatibilizar com os princípios constitucionais retro mencionados. Constatou-se ao final que a intenção de coibir a violência em tela fez com que fosse promulgada lei que viola uma série de princípios básicos do estamento constitucional vigente, principalmente ao quebrar uma isonomia formal e material tão almejada na Carta Magna. Fere também a proporcionalidade na medida em que se utiliza de instrumentos cautelares e punitivos desconexos com a principiologia básica que rege o sistema penal pátrio.

**Palavras-chave:** Violência contra a mulher. Lei Maria da Penha. Contradições.

## ABSTRACT

In September 22<sup>nd</sup> of 2006 was implemented in Brazil the Law N. 11,340, that it deals with the creation of mechanisms to inhibit domestic and familiar violence against woman. The law was named as Maria of the Penha Law, in homage to homonymous *cearense* that became a symbol of the fight against the domestic violence against the woman. This law, as many others in the criminal field generated and still it generates innumerable discussions about its (un)constitutionality and its effective social applicability. The central note of this research seeks to uncover if the normative framework brought by the novel legislative diploma if coaduna with the going constitutional order, observing if the protective and repressive measures contained in the belly of the Maria of the Penha Law are revealed in instruments capable to fight the domestic and familiar violence against the woman. The research will be in relationship this purely bibliographical aspect; using the observational and deductive methods. The Law Maria of the Penha is the product of the necessity of a differentiated fight for the problem of the domestic and familiar violence against the woman. It was verified that the legislator to identifying the necessity solve this problem choose for the production of a legal system of protection that foresaw innumerable protective instruments, at the same time that lists a series of penal and procedural measures of repressive nature. It occurs that some of these measures (new imprisonment in flagrante modality; judicial renounce of the representation) it does not seem to incorporate the equality and proportionality principles, since they use differentiated doses for the violence's treatment that certainly has the same negative result in the social context - the differentiation of the punishment of a father who beat a son for that one where the same father attacks the daughter its completely different with the principles constitutional already mentioned. It was evidenced at the end that the intention to restrain the violence in the screen did with that it was promulgated a law that violates a series of basic principles of the going constitutional *estamento*, mainly when it fails in sustain a formal and material isonomy so coveted in the Great Letter. It also leads against the proportionality in the measure in that uses precaution and punitive instruments unconnected with the basic principles that govern the native criminal system.

**Key Words:** Violence against woman, Law Maria of the Penha, contradictions.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<b>CAPÍTULO 1 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E ABORDAGEM SOBRE POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>11</b>
1.1 A origem e função do Direito Penal.....	12
1.1.1 A origem e função do Direito Penal no Brasil.....	14
1.2 Função da pena.....	15
1.3 Abordagem sobre política criminal.....	19
<b>CAPÍTULO 2 O DIREITO PENAL E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....</b>	<b>22</b>
2.1 O Direito Penal no combate à violência.....	22
2.2 As questões de violência de gênero.....	24
<b>CAPÍTULO 3 AS DISPOSIÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA.....</b>	<b>33</b>
3.1 O caso que deu origem à lei.....	33
3.2 Finalidade da lei.....	36
3.3 Disposições repressivas.....	40
<b>CAPÍTULO 4 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA.....</b>	<b>53</b>
4.1 Igualdade.....	53
4.2 Proporcionalidade.....	58
4.3 Eficácia e Garantismo Penal.....	63
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>74</b>

## INTRODUÇÃO

A violência ocorrida no âmbito doméstico e familiar tem sido motivo de intensas preocupações em quase todo o mundo. Além de milenar, esta prática não respeita sexo, idade, religião e grau de escolaridade, principalmente quando se refere à mulher.

O problema aflige vários povos, culturas e nações, bem como abrange indistintamente a todas as camadas da sociedade, concentrando-se de maneira mais acentuada entre as classes sociais com baixo nível de desenvolvimento econômico, onde variados fatores contribuem para uma maior vulnerabilidade.

No Brasil, especificamente, esta questão vinha sendo tratada de forma branda pelas autoridades, em razão de tal fato ser considerado delito de pequena importância, adstrito apenas ao âmbito interpessoal.

Todavia, o crescente aumento deste delito praticado contra a mulher no país, despertou o Estado para a necessidade de enfrentamento do problema, através da adoção de medidas urgentes e eficientes para combatê-lo.

Movido por essa razão, o Governo brasileiro assinou importantes tratados como a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher (ONU) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (OEA).

No entanto, apesar das várias medidas tomadas e do esforço empreendido, o país não conseguiu reduzir satisfatoriamente a prática de tal delito, nem muito menos se livrou das fortes reprimendas internacionais.

Neste contexto, em 07 de agosto de 2006 é editada a Lei nº 11.340/2006, que ganhou o nome de Lei Maria da Penha, passando então a vigorar a partir do dia 22 de setembro de 2006. Tal lei adentrou no ordenamento jurídico pátrio, com a proposta de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, e também de dar proteção à família reduzindo as desigualdades de gênero entre os seus membros.

Entretanto, a ansiedade de se garantir uma proteção integral à mulher vitimada pela violência doméstica e familiar, implicou na elaboração descuidada e precipitada da Lei Maria da Penha, que denota entre outras coisas, controvérsias



quanto a sua real finalidade, e ainda, a sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

O propósito deste trabalho é exatamente analisar as principais inovações trazidas pela lei em comento, dando ênfase maior as disposições protetivas e repressivas trazidas ao longo do seu contexto, bem como provar por meio desta exposição a sua incompatibilidade perante a Carta Magna do país.

Utilizou-se para a realização do mesmo da pesquisa científica. Considerando-se em sentido amplo, a palavra pesquisa designa o conjunto de atividades que têm como finalidade descobrir novos conhecimentos, seja em que área ou em que nível for. Levando-se em conta os objetivos que se pretendem realizar com a pesquisa, ela será teórica, visto que almeja estudar as nuances da violência doméstica e familiar contra a mulher, com especial atenção aos dispositivos da Lei n. 11.340/2006. Quanto ao objeto da pesquisa será, quanto a esse aspecto, precipuamente bibliográfica, já que buscará adquirir conhecimentos para do emprego predominante de informações provenientes de material doutrinário, chegar a uma solução adequada, porém não fossilizante, para a problemática exposta.

Tratar-se-á de uma pesquisa explicativa, que além do registro, análise e classificação das informações coletadas, procurará identificar seus fatores determinantes e propor argumentações que sejam consideradas como válidas para as questões propostas como objetivos do trabalho. Utilizar-se-á dos métodos de observação e do método dedutivo. Na observação serão aplicados atentamente os sentidos a um objeto, a fim de que se possa, a partir dele, adquirir um conhecimento claro e preciso. Na dedução, a racionalização ou a combinação de idéias em sentido interpretativo têm mais valor que a experimentação casuística, ou seja, utilizar-se-á a dedução como o raciocínio que caminha do geral para o particular.

O primeiro capítulo tratará da função do Direito Penal e abordagem sobre política criminal. A *priori* são apresentados os conceitos da disciplina e propostas salutaras para recuperação e reinserção social do delinqüente. Em seguida, estuda-se a origem e função da mesma, com ênfase às suas três fases histórico-evolutivas: a fase da vingança, a fase humanitária e a fase científica. Após, passa-se a analisar a sua origem e função no Brasil, descrevendo a sua inserção histórica no país pelos portugueses, e as evoluções conquistados até os dias atuais. Na seqüência é analisada a função da pena, explicando desde a sua inicial utilidade bárbara, até a

sua forma mais humana idealizada por Kant e César Beccaria. Por fim, é feita uma abordagem sobre política criminal mostrando as regras e nuances utilizadas pelo Estado para conter o delito e promover o efetivo controle da sociedade.

No segundo, será estudado a assunto Direito Penal e a violência de gênero. Inicialmente são apresentados os objetivos e propostas trazidas por tal disciplina, bem como as críticas e sugestões quanto às formas de combate a criminalidade em todas as suas vertentes. Em seguida, analisa-se a questão da violência de gênero, descrevendo sua origem histórica, formas de manifestação, enfim inúmeros outros aspectos deste delito que faz da mulher a sua principal vítima no Brasil e no mundo. No mesmo contexto, também são trazidas além das propostas elencadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos para a erradicação do referido delito, as estatísticas nacionais e principais medidas tomadas pelo Governo brasileiro, tais como a adesão a diversos pactos e acordos internacionais, implantação das Delegacias de Defesa da Mulher, entre outras que não foram consideradas eficientes no combate ao mesmo crime, especialmente quando praticado contra a mulher em ambiente doméstico e familiar.

No terceiro capítulo, será explanado as Disposições da Lei Maria da Penha, abordando no primeiro tópico o caso que deu origem a Lei nº 11.340/2006, sendo trazida a lume a denúncia formalizada contra o Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em agosto de 1988, considerando o mesmo como culpado pelos crescentes índices de violência praticada contra a mulher em seu território, e sua reação diante de tal circunstância, que culminou com a aprovação da lei em comento. Em seguida, será analisada a finalidade da lei, mostrando os seus conceitos sobre família, o rol de pessoas abarcadas pela sua proteção, os tipos e formas de violência praticadas, e demais inovações como: a instituição dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, à integração da União, dos Estados e dos Municípios nas áreas de saúde e educação, o cruzamento de informações entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, etc. Após, serão analisadas as suas principais disposições repressivas, destacando-se os procedimentos a serem tomados pelas autoridades policiais nas hipóteses de ocorrência de tal delito, com ênfase maior a prisão em flagrante do agressor. Serão também destacadas à impossibilidade da vítima poder renunciar à representação sem que ela e o agressor sejam ouvidos na presença do juiz, e a impossibilidade de aplicação da pena de cestas básicas, e demais medidas restritivas de direito.

Além disso, serão abordadas outras medidas de caráter repressivo, que a lei as denomina de protetivas de urgência, são elas: a proibição do agressor dispor de seus bens sem expressa autorização judicial, a suspensão e restrição do seu porte de armas, a imposição de limite de distância entre o mesmo e a vítima, enfim várias outras atitudes que serão amplamente discutidas e questionadas quanto aos seus benefícios e malefícios trazidos a sociedade.

No quarto capítulo será discutida a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, abordando no primeiro tópico o princípio da igualdade elencado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, explicando a importância de sua observância, bem como as controvérsias e minúcias que tornam a referida lei incompatível para com o mesmo. Na sequência, será analisado o princípio constitucional da proporcionalidade, explicando além do seu nascimento e evolução, a sua importância e utilidade na proteção dos direitos e garantias do cidadão diante das arbitrariedades do Estado. Em seguida, confrontar-se-á tal princípio com dispositivos da lei em comento, enfatizando as irregularidades destas para com o mesmo, especialmente no tocante a prisão em flagrante do agressor. Por fim, serão estudadas as correntes doutrinárias da eficácia e do garantismo penal, conhecidas mundialmente por defenderem um ponto de vista diferenciado quanto ao emprego de métodos intimidativos e coercitivos de controle à criminalidade, fazendo um paralelo entre as propostas trazidas pela lei em comento para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, com os métodos utilizados pelo Direito Penal, enfim será questionado se tal lei é realmente justa ou se deve ser reavaliada para permanecer no ordenamento jurídico do país.

## CAPÍTULO 1 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E ABORDAGEM SOBRE POLÍTICA CRIMINAL

De uma forma geral, pode-se definir o Direito Penal como um conjunto de princípios e normas jurídicas, cuja função primordial é dar proteção aos bens mais importantes do ser humano tais quais a vida o patrimônio e etc.

Em razão disso, o Estado, detentor exclusivo do direito de punir (*jus puniendi*), tem a pena como principal meio de inibição e coação, para evitar, combater e, obviamente punir aqueles indivíduos, que infringem ou tentam infringir as normas de conduta imposta a todos em benefício de toda a sociedade.

Corroborando esse pensamento, Damásio E. de Jesus (2003, p. 3-4) enfatiza o seguinte:

O meio de ação de que se vale o Direito Penal é a pena, em que já se viu a satisfação de uma exigência de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado. Mas, como esclarecia Aníbal Bruno, na evolução do Direito a pena vem atenuando cada vez mais, sobretudo no momento de sua execução, esse caráter de retribuição e de castigo, e agora perde o seu posto de sanção única do fato punível. As idéias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência da prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem a não punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social.

No que tange a essa questão, vale salientar, que a Política Criminal desempenha o importante papel de orientar o jovem delinqüente a vislumbrar uma perspectiva de vida melhor, seja orientando-o ou trabalhando para que o mesmo possa ser recuperado e reinserido na sociedade. Para isso, os operadores do direito contam com o apoio da Criminologia que oferece subsídios complementares para que os mesmos possam diagnosticar e ao mesmo tempo controlar o crime em todo o território nacional.

Outro fator que hoje está possibilitando a essas pessoas uma nova chance, é a flexibilização de algumas leis brasileiras, a exemplo da Lei nº 11.343/2006, conhecida como a Nova Lei Anti-Drogas, que a partir de agora abrandou o tratamento para com o usuário de substâncias entorpecentes, ou seja, deixou de

tratá-lo como marginal e passou a classificá-lo como dependente que não mais é preso, mas sim submetido a tratamento psiquiátrico.

Ademais, existem atualmente no Brasil várias entidades governamentais, não governamentais e religiosas a exemplos do Conselho Tutelar, dos Alcoólicos Anônimos e da Pastoral Carcerária, que prestam serviços de grande relevância nos presídios, bairros e residências dessas pessoas, seja através de conselhos, assistência jurídica, trabalho, enfim colaboram da melhor maneira possível para que os mesmos possam um dia ter uma vida normal.

### 1.1 A origem e função do Direito Penal

Sobre a origem do Direito Penal, pode-se dizer que é subdividida em três fases: a fase da vingança, a fase humanitária e a fase científica.

A fase da vingança teve início com o surgimento das primeiras civilizações, onde, a mentalidade dos povos era totalmente influenciada por crenças, lendas, mitos e superstições. Sua duração estendeu-se até o século XVIII, existindo três subdivisões: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Na fase da vingança privada, os parentes da vítima eram livres para agir e fazer justiça com as próprias mãos, não havendo dessa forma limites para o revide da agressão, ou seja, foi a conhecidíssima fase do “olho por olho e dente por dente”, estabelecida no famoso Código de Hamurábi, bem como na Lei Mosaica e na Lei das Doze Tábuas, que resumidamente determinavam a aplicação do castigo ao delinqüente na mesma proporção do mal por ele causado.

Na vingança divina a correção do infrator significava uma espécie de castigo do criador, e isso era realizado por meio dos sacerdotes e religiosos, que eram considerados representantes de Deus na terra e, portanto, encarregados de distribuírem a justiça entre os homens.

As penas naquele período além de severas eram extremamente desumanas, cuja mutilação corporal era o método mais empregado como meio de intimidação dos criminosos. A legislação característica dessa fase é o Código de Manu, porém esses princípios também foram aplicados em impérios como o Babilônico e Pérsico, bem como em países como o Egito, a China, e Israel.

No período intitulado de vingança pública, a pena era imposta pelo Estado por meio de suas autoridades tais como os Reis, Príncipes, e Regentes, que acreditavam governar em nome de Deus, e por essa razão, cometiam inúmeras arbitrariedades, a exemplos da pena de morte, dos açoites, dos confiscos e tantas outras.

A segunda fase, também conhecida como "período humanitário", surgiu por volta de 1750 a 1850, onde cientistas renomados como Rosseau, Voltaire, Montesquieu e tantos outros, em nome da razão, contestaram com firmeza a arbitrariedade das teses absolutistas.

Seguindo a mesma ótica, Maércio Falcão Duarte (1999), faz as seguintes afirmações:

Locke, filósofo inglês, considerado o pai do iluminismo, escreveu o "Ensaio sobre o entendimento humano. Montesquieu, jurista francês, escreveu "O espírito (sic) das Leis", defendendo a separação dos três poderes do Estado. Voltaire, pensador francês, tornou-se famoso pelas críticas ao clero católico, à intolerância religiosa e à prepotência dos poderosos. Rousseau, filósofo francês, célebre defensor da pequena burguesia e inspirador dos ideais da revolução Francesa, foi autor de "O Contrato Social" e "Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens (sic). Por fim, Diderot e D'Alembert foram os principais organizadores da "Enciclopédia", obra que resumia os principais conhecimentos artísticos, científicos e filosóficas da época (sic).

Os pensadores iluministas, supracitados, em seus escritos, fundamentaram uma nova ideologia, o pensamento moderno, que repercutiria até mesmo na aplicação da justiça: à arbitrariedade se contrapôs a razão, à determinação caprichosa dos delitos e das penas se pôs a fixação legal das condutas delitivas e das penas.

Os povos clamavam pelo fim de tanto barbalarismo (sic) disfarçado.

A terceira fase, batizada de fase científica, começou no século XIX, no ano de 1850. A utilização do método científico para explicar os motivos pelos quais o ser humano tornava-se criminoso foi a sua principal característica. Nessa fase, o nome mais aclamado foi o do cientista positivista César Lombroso, autor do famoso livro "O Homem Delinqüente".

Segundo Lombroso (DUARTE, 2008), o criminoso já traz consigo desde o seu nascimento, sinais característicos em várias partes do corpo, que o identificam como futuro infrator, ou seja, para ele o fator biológico era a causa determinante da criminalidade, tendo em vista era possível reconhecer que tipo de indivíduo viria

futuramente tornar-se um delinqüente, observando apenas as suas feições (criminoso nato).

### 1.1.1 A origem e função do Direito Penal no Brasil

No Brasil, a origem do Direito Penal teve início com a colonização portuguesa, através das ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1529), até serem substituídas pelo Código de D. Sebastião (até 1603).

O primeiro Código Penal brasileiro foi sancionado pelo imperador D. Pedro II, em 16 de dezembro de 1830, cuja inspiração foi atribuída aos códigos francês de 1810 e ao napolitano de 1819. Teve como características principais o estabelecimento da pena de morte por enforcamento, bem como previa um julgamento especial para menores de 14 anos.

Com a queda da monarquia no país, foi implantado o Código Penal Republicano em 11 de outubro de 1890, que foi amplamente criticado em virtude de sua elaboração ter sido às pressas, e ainda, porque foram detectados muitos equívocos.

Em 14 de dezembro de 1932, surgiu o Decreto nº 22.213, também conhecido como consolidação de Piragibe, em homenagem ao Desembargador Vicente Piragibe, passou a ser o Estatuto Penal brasileiro até que fosse elaborada uma nova legislação.

O atual Código Penal brasileiro foi promulgado em dezembro de 1940, porém só entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, em razão de que a referida data coincidissem com a vigência do Código de Processo Penal. Os autores responsáveis pela elaboração do mesmo foram: Alcântara Machado (autor do projeto original), Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcélio de Queiroz e Roberto Lira (os revisores).

Desde a sua entrada em vigor o Código Penal brasileiro passou por três reformas: a primeira em 1969, a segunda em 1984, e a terceira em 2004, porém, apesar disso, continua firme e forte regendo o Direito Penal do Brasil até os dias de hoje.

Passando a enfatizar sobre as funções do Direito Penal, deve ser dito que existem basicamente duas: efetivar o controle social e exercer funções político-normativas.

Seguindo a mesma lógica, Edihermes Marques Coelho (2005), diz o seguinte:

Entende-se, por força da inquestionável vinculação jurídica aos direitos humanos - especialmente àqueles que são consagrados como direitos fundamentais - que se há de buscar tornar efetivas as possibilidades normativas e políticas de que o Direito Penal possa auxiliar a sociedade a repensar os seus modos de construir a idéia de cidadania para cada um de nós. Trata-se de fazer do Direito, ao menos potencialmente, um instrumento útil para a qualificação da vida humana em sociedade [...].

As funções do Direito Penal, assim, podem ser sintetizadas como, por um lado, o controle social, através de mecanismos simbólicos de prevenção. Por outro lado, paralela e paradoxalmente, a garantia do indivíduo frente ao Estado e suas pretensões de intervir sobre a liberdade individual. É no contraponto entre essas duas faces da esfera penal que se pode destacar que o Direito Penal contemporâneo caminha para ser uma esfera jurídica centrada no enaltecimento do ser humano como referência e razão principal das relações sociais.

Em termos práticos, a primeira função objetiva tanto promover a paz social, impondo-se a sociedade por meio de normas coercitivas, vislumbrando além de erradicar os conflitos existentes, possibilitar também o domínio do estado sobre a população.

Já a segunda função, é definida como sendo a criação de normas jurídicas essencialmente voltadas para a tutela dos direitos éticos, morais e individuais do ser humano.

## 1.2 Função da pena

Nas civilizações antigas a função da pena limitava-se a idéia de castigo, dessa forma, era comum o uso da pena de morte, dos açoites, das mutilações e outras sanções cruéis, pois naquela época nem sequer existiam ou vigenciavam os



princípios da personalidade e da individualidade da pena, de modo que a punição alcançava tanto a vida quanto os bens do devedor e de seus descendentes.

Assim, durante séculos, esse método era amplamente empregado para punir qualquer pessoa que infringisse as regras ou normas de conduta impostas pelos governantes, ou seja, não existia outra maneira senão retribuir o mal da maneira mais cruel e terrível possível.

No entanto, esse pensamento começou a mudar durante o humanismo nascido no iluminismo, surgindo assim a preocupação quanto à função das punições e da legitimidade das penas. A partir daí, as ciências criminais evoluíram e foram elaboradas as chamadas teorias da pena, que são explicações científicas, para a criação e aplicabilidade da punição, em face do delito. Essas teorias foram batizadas de absolutas, relativas e mistas ou unificadoras.

As teorias absolutas ou retributivas tinham a pessoa de Kant como um de seus maiores expoentes. Segundo essa teoria, a pena representa o meio de retribuição pelo delito causado, ou seja, ao mal do delito aplica-se o mal da pena. Essa teoria considerava a pena um castigo eficaz para o delinqüente e a sua aplicabilidade era tida como sinônimo de justiça.

Posteriormente, as teorias relativas ou preventivas definiram a pena como meio eficiente de combate à delinqüência, ou seja, acreditavam que o temor provocado pela pena era o suficiente para impedir a propagação da criminalidade, pois tinham em mente que, qualquer indivíduo era consciente das conseqüências que sofreria na hipótese de violar a lei, e esse medo ou ameaça o impedia a ele e as outras pessoas de enveredarem pelo mundo do crime.

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena destina-se a todas as pessoas, isto é, a norma penal abarca a todos sem nenhuma distinção, ao passo que a teoria da prevenção especial, a ameaça da pena é direcionada somente ao criminoso, em determinado caso concreto.

Já as teorias mistas ou unificadoras representam a junção dessas duas teorias mencionadas, ou seja, definem a pena como mecanismo capaz de prevenir o crime e ao mesmo tempo serve como meio de retribuição ou castigo ao indivíduo na hipótese desse ter infringido as normas impostas ou cometido algum malefício grave a sociedade.

Nesse período, a pesar do caráter rígido da pena, pensadores como Cesare Beccaria, imaginou outra forma de tratamento mais humano em relação à pessoa do

infrator, cujo cumprimento da pena passaria a ter outra função importante que era a de ressocializar o indivíduo. Criou-se então a teoria da ressocialização.

Segundo essa teoria, a pena não tem utilidade quando aplicada somente como forma de castigo ao criminoso, ou seja, a sua eficácia seria concretizada quando lhe é atribuída um caráter humanitário, respeitando assim os direitos fundamentais da pessoa, que após o cumprimento da medida imposta poderá ser reinserida na sociedade recuperada e pronta para recomeçar uma nova vida.

Além disso, César Beccaria (FOUCAULT, 1997, p. 25) criou muitos dos princípios que são utilizados até hoje pelo Direito Penal, cujos mais importantes são: as penas não devem atingir alguns direitos dos cidadãos como as penas de morte cruéis; só as leis podem fixar as penas; as leis devem ser conhecidas pelo povo e por este obedecidas; a prisão preventiva só se justifica quando houver prova do crime e de sua autoria; devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive o depoimento do acusado, que era considerado morto; não se justificam as penas que ultrapassem a pessoa do condenado.

No âmbito nacional, o Direito Penal brasileiro adotou a teoria mista, ou seja, vislumbrou-se o duplo caráter, retributivo (ao mal do crime o mal da pena) e preventivo, tanto geral (ameaça a todos a não praticar crimes), quanto especial (evitar que o criminoso possa reincidir).

Esse entendimento é expressamente trazido no artigo 59 do CPB, ao mencionar os fins a serem perseguidos pela pena, nos seguintes termos: "o juiz, atendendo à culpabilidade [...], estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime [...]".

Por sua vez, o artigo 1º da Lei de Execuções Penais preceitua que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado", demonstrando assim que a partir da sentença a aplicação da pena no território nacional tem realmente caráter retributivo e preventivo.

Sobre a questão da ressocialização do delinqüente, sabe-se que aqui a realidade não é diferente da que ocorre em muitos países do mundo, ou seja, problemas como a falta de estrutura do Estado e o constante aumento da criminalidade, impedem maiores êxitos na recuperação de infratores.

Ademais, o sistema prisional brasileiro é considerado hoje obsoleto e reconhecido como verdadeira escola de marginais, e ainda, problemas como a

superlotação, a ociosidade, os maus tratos e o consumo de drogas são outras máculas que reduzem a possibilidade de recuperação dos apenados nas cadeias e presídios do país.

Outrossim, os sentenciados raramente são separados no momento do cumprimento da pena, ou seja, é praxe em diversas unidades prisionais encarcerar marginais de alta periculosidade num mesmo espaço com presos provisórios e de pouca ofensividade, infectando assim a mente daqueles que poderiam um dia serem recuperados, bem como tornando o ambiente repleto de promiscuidade e ódio.

Todos esses fatores contribuem para transformar a vida carcerária dos detentos num verdadeiro inferno, sendo, portanto, constantes no dia a dia das prisões brasileiras, a eclosão de rebeliões e fugas, estupros, assassinatos e contaminação de pessoas por doenças sexualmente transmissíveis como a AIDS e tantas outras.

Discutindo sobre a mesma problemática, Luiz Flávio Gomes (2006), enfatiza o seguinte:

A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuidadora (isolamento), visto que, com frequência, há fugas no nosso sistema. A pena de prisão no nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa. Presídios superlotados, vida sub-humana etc. Essa é a realidade. Pouco ou nada é feito para se cumprir o disposto no art. 1º da LEP (implantação de condições propícias à integração social do preso).

Em face do exposto, é possível perceber que a situação atual do sistema penitenciário do país é de colapso total, pois a falta de estrutura nos presídios, bem como o descaso por parte do Estado e de suas autoridades, contribuíram decisivamente tanto para sua estagnação, quanto para o elevadíssimo aumento da reincidência em todas as regiões.

Por tudo isso, acredita-se que a medida de prisão idealizada como forma de recuperação e ressocialização de criminosos é praticamente inócua, pois ao invés de cumprir os seus objetivos, tem piorado a situação de muitos daqueles que tinham condições de serem reintegrados, isto é, o contato e a convivência no cárcere com

elementos altamente perigosos contribuíram para que fossem contaminados e transformados em pessoas imprestáveis para a convivência social.

### 1.3 Abordagem sobre política criminal

Antes de tratar especificamente sobre o assunto acima mencionado, apriori é necessário fazer uma breve análise sobre o termo criminologia, almejando dessa maneira, facilitar o perfeito entendimento da matéria.

Etimologicamente, a palavra criminologia deriva do latim *crimen* (delito) e do grego *logo* (tratado). Atualmente essa ciência tem a incumbência de tratar do estudo científico do controle da criminalidade, tendo como objeto de estudo: o delito, o delinqüente, a vítima e o controle social. Seu conhecimento científico é influenciado por muitas outras ciências, tais como: a psicologia, a sociologia, a biologia, medicina legal, criminalística e etc, por isso essa disciplina é considerada como ciência interdisciplinar. O método de trabalho por ela utilizado é o empírico, ou seja, analisa o fato através da observação, para através da indução estabelecer as suas elucidações.

Considerada por muitos doutrinadores como uma disciplina indispensável no currículo dos membros do Ministério Público e advogados penalistas, a criminologia possibilita a essas pessoas além de um aprimorado conhecimento da realidade social, um amplo discernimento sobre qual a melhor norma penal poderá ser aplicada ao determinado caso concreto. Sua função primordial consiste em analisar o crime no meio social, funcionando como uma ferramenta útil e necessária para a preservação dos direitos humanos e das garantias fundamentais do ser humano.

Sob a mesma ótica, Lélío Braga Calhau (2006), traz as considerações:

No estudo do sistema criminal, onde se denota que existe muito *amadorismo e suposições*, pouca pesquisa científica e muita atuação simbólica por parte do Estado, a Criminologia tem um papel central de apresentar a realidade criminal como ela é, sem as costumeiras distorções e subjetivismos, próprios da análise de cada agência estatal de combate à criminalidade (*saber comum*). [...] Para García-Pablos de Molina a função básica da Criminologia consiste em informar a sociedade e os poderes públicos sobre o delito, o delinqüente, a vítima e o controle social, reunindo um núcleo de conhecimentos – o mais seguro e contrastado – que permita

compreender cientificamente o problema criminal, preveni-lo e intervir com eficácia e de modo positivo no homem delinqüente. A investigação criminológica, enquanto atividade científica, reduz ao máximo a intuição e o subjetivismo, submetendo o problema criminal a uma análise rigorosa, com técnicas empíricas.

Perquirindo agora sobre o tema política criminal, é possível defini-la como sendo o conjunto de procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado busca contra-atacar o crime em todos os seus segmentos, possibilitando assim reduzir a criminalidade e promover a paz social.

Também, é importante salientar que o Código Penal é considerado pelo Estado como a pedra angular de sua política criminal, tendo a pena e a medida de segurança como os principais vetores responsáveis pela sua eficácia ou pelo seu fracasso. O artigo 32 do Código Penal brasileiro dispõe que são três as categorias de pena: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Porém a função do programa de política criminal do Estado, não se restringe apenas a isso, ou seja, inibe a delinqüência por meio da prevenção geral e especial.

Raciocínio idêntico é trazido por José Luis Machado Cafezeiro Júnior (2008), que dispõe o seguinte:

Ao que interessa, a Política Criminal, para atingir suas finalidades, atua por intermédio da prevenção geral e da prevenção especial. Acerca destas, vale aqui os ensinamentos do professor Damásio Evangelista de Jesus :

"Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinqüir e procurando corrigi-lo".

Noutras palavras, na prevenção geral a pena atua psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através de ameaça penal determinada pela lei, da aplicação das penas e da sua efetiva execução. Funciona como uma coação psicológica, uma intimidação. Na prevenção especial, por sua vez, a pena atua preventivamente sobre o delinqüente, a fim de evitar que, futuramente, ele cometa novos crimes. Na verdade, o que há na prevenção especial é a prevenção da reincidência.

De notar-se, também, que o objetivo da política criminal não se esgota apenas na infração penal, vai além. Para a prevenção da criminalidade, a política criminal atua em todas as áreas – políticas, sociais, culturais, econômicas – visando sempre impedir a prática de crimes.

Destarte, as várias pesquisas realizadas e comparadas sobre a política criminal brasileira, trouxeram o entendimento de que a mesma é bastante contraditória, pois na maioria das vezes as Leis são aprovadas às pressas, isto é, não levam em conta o menor critério científico, e muitas vezes o legislador preocupa-se tão somente com a repercussão política da norma.

A consequência disso é a produção de leis injustas e repressivas, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90), criada quase que subitamente para atender os anseios da época, mas que na prática tornou-se inaplicável, em razão de ter sido considerada excessivamente cruel e desumana.

## CAPÍTULO 2 O DIREITO PENAL E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência praticada contra a mulher é um fenômeno milenar que envolve várias problemáticas, isto é, fatores de ordem cultural, psíquicos, etc.

O atual crescimento vertiginoso de tal delito no Brasil e no mundo, como também as inovações trazidas por outros instrumentos jurídicos contemporâneos, despertaram o movimento feminista do país, a lutar pelos direitos e garantias da mulher brasileira, resultando esse esforço em inúmeras conquistas tanto no campo social, quanto jurídico, que asseguraram a mesma igualitário tratamento em relação ao homem.

### 2.1 O Direito Penal no combate à violência

O Direito Penal, objetiva primordialmente dar plena proteção à sociedade. Em razão disso o legislador penalista brasileiro elaborou um conjunto de normas de caráter preventivo e repressivo com intuito de combater a violência em todas as suas vertentes. Por exemplo, o artigo 1º do Código Penal prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem existe pena sem prévia cominação legal”, mostrando assim de maneira clara, que na hipótese da ocorrência de um crime, qualquer que seja a sua modalidade, todos terão em mente que o criminoso certamente não ficará impune. Essa previsão é justa, pois na hipótese de violação da norma jurídica o delinqüente não é classificado por cor, religião ou sexo, mas sim por sua conduta praticada de forma maléfica e nociva à sociedade.

Existe no Direito Penal uma teoria denominada de Direito Penal Máximo. Segundo a mesma, todo e qualquer crime que possa surgir na sociedade, deve ser enfrentado com o máximo de rigor possível, pois utopicamente apregoa que a repressão intensiva por parte do Estado é o método mais viável para garantir o bem de todos.

Na verdade, em termos práticos se reconhece que o Estado esforça-se enormemente para conter a escalada da violência em favelas e becos dos grandes centros urbanos do país, para isso faz o uso contínuo da força, gasta enormes

fortunas para equipar e treinar suas polícias, bem como aprova medidas cada vez mais enérgicas intensificando assim a repressão aos criminosos. Sem dúvida alguma essas atitudes merecem elogios, pois se sabe que algo está sendo feito para expurgar esse malefício que assola a todos. No entanto, apesar do esforço, constata-se que esse problema perdurará enquanto o Estado não adotar políticas sociais de impacto imediato às populações de baixa renda, que vivem em padrão de vida subumanas esquecidas e desamparadas nas periferias e cortiços de todo o país.

Corroborando esse entendimento, Átala da Rold Roesler (2004), faz as seguintes colocações:

Sem programas destinados a mitigar as graves desigualdades sociais e o crescente desemprego, a opção do crime será sempre atraente aos jovens dos grandes centros urbanos. É por isso que ilusória presença do Estado como garantidor da lei e da ordem não passa de uma falácia enquanto todo o sistema não for reestruturado, promovendo crescimento econômico, geração de empregos, investimentos em educação e melhoria das condições de vida da população. Todas as medidas que forem tomadas em termos de segurança pública só surtirão efeitos se acompanhadas de ações de alcance social. Em longo prazo, o investimento em políticas sociais trará mais resultados do que aquisições de viaturas e armamentos, criação de delegacias especializadas, promulgação de leis ineficazes, construção de novos presídios e discursos inflamados da lei e da ordem.

Neste sentido, acredita-se que a implantação de políticas públicas de qualidade tais como a geração de rendas e a construção de escolas e moradias, viabilizaria bastante o efetivo controle da violência no país, tendo em vista que os maiores focos de criminalidade no Brasil, não estão concentrados em bairros nobres das capitais brasileiras, mas sim em áreas humildes e completamente carentes da ação do Estado.

Cumprindo ainda salientar, que em pequenas cidades do interior, a violência também se faz presente, ocorrendo crimes violentos e de várias modalidades, no entanto, os envolvidos são quase sempre os mesmos personagens, ou seja, pessoas oriundas de famílias humildes que não tem a mínima perspectiva de uma vida melhor.

Isto posto, é importante enfatizar que a repressão não deve ser encarada como a única maneira viável para solucionar a violência no país, pois se assim



fosse, não existiriam em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo o crime organizado cada vez mais ousado, bem como o chamado estado paralelo controlando parte dessas metrópoles apesar dos confrontos diários com as polícias civil e militar, exército e força de segurança nacional, que transformaram bairros inteiros numa verdadeira praça de guerra.

Por tudo isso, acredita-se que o Direito Penal só será realmente eficaz no combate a violência quando o Estado propiciar plenas condições para que suas normas sejam cumpridas, e isso, obviamente, requer a prática de todas as medidas acima expostas, pois do contrário mais dinheiro público será gasto, mais inocentes perderão suas vidas e menos será a credibilidade dos cidadãos no Direito e na Justiça.

## 2.2 As questões de violência de gênero

Vislumbrando incessantemente dar resposta ao crime em todos os seus aspectos, o Direito Penal é a ciência jurídica por excelência que tutela os bens de maior relevância do ser humano, em razão disso descreve condutas, cria normas, enfim, prepara o caminho para que o Estado possa efetivar o pleno exercício do *jus puniendi* e mantenha assim o total controle sobre a população.

No âmbito nacional, essa mesma ciência é norteada pelos Códigos Penal e de Processo Penal, que descrevem condutas e crimes, bem como especificam os meios de proteção e repressão no combate à criminalidade no País.

Entre as várias formas de agressão aos bens jurídicos inovou-se uma em especial que vêm ganhando grandes proporções e uma atenção diferenciada ao longo dos anos; a violência de gênero. É possível conceituá-la como sendo a conduta desleal e agressiva praticada por pessoas do sexo masculino contra outras do feminino. Sua origem advém das civilizações antigas, onde o papel da mulher restringia-se apenas a procriação e aos afazeres do lar, vivendo assim num contexto de total submissão ao marido. O período de maior apogeu dessa "cultura machista" ocorreu em Roma, onde o chefe de família, denominado Patriarca, usava e abusava de sua dominação, exercendo plenos poderes sobre a sua esposa e os filhos, ao ponto de poder castigá-los e até matá-los na hipótese de desobediência.

Posteriormente, apesar das constantes mudanças no contexto histórico e cultural da humanidade provocados pelo Iluminismo, pela Revolução Francesa, enfim, por tantas outras ocorridas no cenário mundial, o papel da mulher continuava sendo praticamente o mesmo de outrora, modificando-se no século XX, especialmente da década de 60, num período que ficou marcado pela eclosão de movimentos feministas nos Estados Unidos e em diversas partes do mundo, contribuindo assim para que a mulher conquistasse aos poucos o seu espaço na sociedade, passando dessa maneira a ser vista como uma pessoa tão inteligente e capaz quanto o homem.

A partir daí a mulher ganhou respeito, teve acesso ao competitivo mercado de trabalho, obteve a tão sonhada independência social e também conquistou (pelo menos formalmente) os mesmos direitos e garantias que os homens. Porém apesar de todas essas conquistas, até hoje no mundo inteiro a mulher ainda continua sendo vitimada pela violência de gênero, ocorrida principalmente no âmbito doméstico e familiar.

Essa forma de tratamento é desumana e degradante, pois além de atingir a honra, a dignidade e o psíquico da mulher, não respeita a sua idade, cor, etnia, religião, nacionalidade, opção sexual ou condição social. Sua manifestação na sociedade ocorre, entre outras, das seguintes formas: violência física, moral, psicológica e sexual. A forma física ocorre quando a mulher é agredida com socos, chutes, enfim com quaisquer meios ou objetos que possam feri-la ou lesioná-la; a forma moral acontece quando o agressor tenta desestruturar a honra da vítima, através de calúnias, difamações ou injúrias; já a forma psicológica é manifestada quando o agente realiza ação ou omissão destinada a inibir, controlar ou intimidar a vítima. Por fim, a violência sexual ocorre quando o agressor obriga a mulher a manter contato sexual com ele próprio ou com terceiro, mediante chantagem, coação, manipulação ou ameaça.

Apesar de o mundo atual ser moderno e civilizado, essa prática repudiável ainda é realidade em várias nações do planeta. No Afeganistão, por exemplo, até pouco tempo atrás as mulheres eram obrigadas a usar burcas para não serem vistas ou surradas por seus parceiros; na maioria dos países árabes até hoje a mulher é impedida de freqüentar os estádios de futebol e sempre ora nas mesquitas em locais separados dos homens; no Kênia e na Somália são constantes os rituais de

mutilação nos órgãos genitais de jovens mulheres, tendo a crença que assim as transformarão em pessoas decentes e purificadas.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos propôs os Direitos e Garantias Fundamentais ao indivíduo, a fim de proporcionar a todos os seres humanos condições dignas de vida. Essa Declaração proibiu aos Estados de criarem leis cujos conteúdos ensejassem discriminação aos direitos à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, incumbiu os tribunais nacionais para coibir qualquer forma de violação dos referidos direitos legalmente concedidos e fundamentados na Constituição Federal, bem como lhes deu o direito de coibir todas as formas de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Vários países tornaram-se signatários desse pacto, inclusive o Brasil, que incorporou a Constituição Federal de 1988, importantes dispositivos para assegurar aos seus cidadãos a igualdade em todos os aspectos, bem como para erradicar todas as formas de tratamentos desumanos e degradantes, entre as quais a mais repudiável de todas: a tortura.

Nos anos 90, o termo gênero se consolida para definir de vez os papéis masculinos e femininos na sociedade. Sua principal característica, desenvolvida pelo movimento feminista americano na década de 80, foi à rejeição da explicação biológica para as diferenças sexuais.

Nesse contexto, as ciências sociais estabeleceram três características definidoras do gênero. São elas: aspecto relacional, relações de poder e, a transversalidade. A primeira compreende que os comportamentos femininos e masculinos são definidos pela cultura, isto é, cada sociedade, povo ou nação definem o papel dos dois sexos. Já para a segunda característica, homens e mulheres exercem poderes, mas em formas desiguais, tendo em vista que a maior parcela desse poder é atribuído ao homem. Por fim, a terceira característica, mostra que as diferenças entre os sexos ocorrem por influência de fatores políticos e sociais, ou seja, acreditam que dentro de uma mesma sociedade existem diferentes experiências que definem o papel do homem e da mulher.

Quanto aos instrumentos de combate dessa forma de violência, destacam-se as seguintes Convenções: a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres, realizada em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984; a Convenção Interamericana para a Prevenção e Erradicação da Violência Contra Mulheres, conhecida como Convenção de Belém do Pará, que foi realizada

em 1994 e, também, ratificada em 1995; e por último, a Quarta Conferência Mundial de Mulheres, realizada em Pequim, no ano de 1995, que também foi apoiada pelo Brasil.

Segundo Alciclei da Silva Ramos et al. (2005), “a violência doméstica nega os princípios fundamentais do conceito de direitos humanos e a dignidade inerente a todos os indivíduos”, adverte ainda que os Estados são obrigados a proteger todos os direitos individuais do homem e da mulher, bem como deverão ser responsabilizados por eventuais falhas quanto a essa incumbência, ademais, também aduz que a inércia do país é considerada uma forma passiva de colaboração com o agressor.

No Brasil, ao final da década de 80, a expressão gênero passa a fazer parte de calorosos debates acadêmicos em várias universidades do país, ensejando dessa maneira uma nova perspectiva teórica sobre a questão da violência praticada contra a mulher.

Entendimento semelhante é trazido por Cecília Mac Dowel Santos e Vânia Pasinato Izumino (2005), que enfatizam o seguinte:

Sob a influência dos debates norte-americanos e franceses sobre a construção social do sexo e do gênero, as acadêmicas feministas no Brasil começaram a substituir a categoria “mulher” pela categoria “gênero”. Apesar das diferentes áreas temáticas e correntes teóricas, há um consenso de que a categoria gênero abre caminho para um novo paradigma no estudo das questões relativas às mulheres. Enquanto o paradigma do patriarcado pressupõe papéis sociais rígidos, condicionados culturalmente pelas diferenças biológicas entre o homem e a mulher, a nova perspectiva de gênero enfatiza a diferença entre o social e o biológico. Gênero é definido como uma relação socialmente construída entre homens e mulheres, servindo como categoria de análise para se investigar a construção social do feminino e do masculino.

A partir daí, vários trabalhos foram realizados nessa perspectiva, que contribuíram tanto para a conscientização nacional sobre o problema da violência contra a mulher, quanto para a implementação de profundas mudanças na legislação brasileira, que lhe proporcionou muitos direitos e realizações.

Atualmente, a mulher brasileira é protagonista de enormes conquistas em todos os segmentos da sociedade, mas apesar disso, as estatísticas comprovam

que ainda hoje ela continua sendo vítima desse terrível drama. Edson Miguel da Silva Júnior (2006) enfatiza essa questão trazendo as seguintes informações:

De acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), 25% do total de 29% das mulheres agredidas no Brasil, em 2005, não contaram a ninguém sobre a violência que sofreram; 60% nunca deixaram o lar, nem por uma noite, em função das agressões sofridas; menos de 10% procuraram serviços especializados de saúde ou segurança, e em média, a mulher demora 10 anos para pedir ajuda pela primeira vez.

Quanto ao perfil dessa violência, Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti (2005), traz os seguintes números: “39,3% das mulheres têm entre 18 e 40 anos; 30,7% são donas de casa; 6,3% comerciárias; 5,7% trabalhadoras da economia informal e profissionais liberais; 3,6% são funcionárias públicas”.

Segundo a mesma autora, a maioria dos agressores são companheiros ou ex-companheiros das vítimas, cujas personalidades são completamente marcadas pela dependência química, alcoolismo, paranóia e ciúmes.

Outra questão constatada, é que os agressores geralmente são pessoas de baixa auto-estima, desempregados, com algum problema financeiro ou que dependem economicamente da vítima para sobreviver. Quanto ao perfil desses opressores, as estatísticas revelam o seguinte: “33,1% têm entre 21 e 50 anos; 9,0% comerciários; 8,4% desempregados; 5,9% trabalhadores da economia informal e profissionais liberais; 2,6% funcionários públicos”.

Os dados realmente são preocupantes, pois revelam que é grandioso o número de mulheres brasileiras que são agredidas por seus parceiros, o pior de tudo isso, é que na maioria dessas situações, sabe-se que muitas delas suportam o sofrimento por medo do agressor, do preconceito familiar e social, ou simplesmente por dependerem economicamente do agressor.

Analisando essas estimativas, descobre-se que o problema da violência de gênero abrange a todas as classes sociais da nação, entretanto sua maior incidência acontece nos lares de famílias humildes e excluídas, onde quase sempre o ambiente é repleto de pobreza, analfabetismo, alcoolismo e prostituição.

Viu-se ainda, que esse problema é causado, entre outros fatores, pela falta de atuação e omissão do Estado brasileiro, que utiliza a força imoderadamente para combater o crime organizado, no entanto é omissivo quanto a esse dilema.

Nesse ínterim, Stela Valéria Soares de Farias Cavalcante (2005), faz as seguintes colocações:

Um dos maiores desafios da democracia brasileira é o de criar condições para que todos os cidadãos tenham efetivamente os mesmos direitos, as mesmas garantias e as mesmas oportunidades de participar da construção do país.

Porém, as estatísticas demonstram que, no Brasil, a perspectiva universalista de igualdade de direitos não tem se mostrado suficiente para que o ordenamento jurídico assegure a equidade desejada entre homens, mulheres, brancos, índios e negros. O problema está na desigualdade social e econômica cujas conseqüências levam à prática da violência doméstica e outras violações aos direitos fundamentais.

Diante dessa situação, muitas foram as críticas feitas por setores organizados da sociedade e por feministas exigindo justiça aos governantes do país. A resposta do Estado brasileiro veio inicialmente com a aprovação de várias medidas pelo Governo, começando pela ratificação do importante tratado de direitos humanos em 1984, denominado de "Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher", tendo a mesma como principal meta impor aos Estados-Partes a obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade.

Importante salientar, que acerca de um ano após o Brasil ratificar essa Convenção, ou seja, em agosto de 1985 foi criada na Cidade de São Paulo a primeira Delegacia de defesa da mulher, com o objetivo de dar proteção às mulheres vítimas da violência de gênero, principalmente aquela perpetrada por seus próprios parceiros.

Posteriormente, o Estado brasileiro ratificou outros pactos de relevante importância no cenário internacional, como exemplos: o Pacto de San José da Costa Rica, em 25 de janeiro de 1992, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher "Convenção de Belém do Pará", em 27 de novembro de 1995.

Segundo Carla Fernanda de Marco (2002), a Convenção de Belém do Pará dispõe em seu preâmbulo o seguinte enunciado:

O preâmbulo da referida Convenção afirma que "a violência contra a mulher constitui uma violência dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, o gozo e exercício de tais direitos e liberdades". Em seguida, demonstra preocupação porque "a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens".

Importante também destacar, que o artigo primeiro, dessa mesma Convenção definiu a violência contra a mulher como sendo qualquer conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público, como no privado. Os demais definiram em síntese, que a discriminação contra a mulher viola os princípios de igualdade dos direitos humanos, dificultando assim a participação da mesma na sociedade em igual patamar que o homem.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, reconhecendo a mesma, previu em seu artigo primeiro que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental. No seu artigo 5º, inciso I, defende a igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres, almejando dessa forma acabar com as desigualdades entre os sexos.

Após, em 1995, foi criada a Lei dos Juizados Especiais, com a perspectiva de ser instrumento eficaz no combate a violência contra a mulher, tendo em vista a celeridade em seu procedimento, evitando assim a morosidade existente nas demandas de competência da justiça comum.

Após, em maio de 2002, o Presidente da República sancionou o Projeto de Lei nº 76 de 2001, convertendo-o na Lei nº 10.455/02, que prevê cautelarmente nas hipóteses de violência doméstica, o afastamento do agressor do seu lar.

Importante também salientar, que em 2003, foram criadas mais outras duas leis. São elas: a Lei nº 10.714/03 (telefone para denúncias de violência) e a Lei nº 10.778/03 (notificação compulsória pelos serviços de saúde).

Outrossim, em 17 de julho de 2004 o Governo brasileiro publicou a Lei nº 10.886/04, que acrescentou alguns dispositivos no artigo 129 do Código Penal,

passando também o mesmo a dispor sobre a violência doméstica nos seguintes termos:

Art. 129.....

Violência Doméstica

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

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1.º e 3.º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9.º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).”

Porém, apesar da protetividade as pessoas acima elencadas, essas alterações trazidas pelos dispositivos supra citados, também não trouxeram maiores novidades práticas no combate a opressão contra a mulher, haja vista que após a implementação dessas medidas, a violência doméstica continuou sendo sinônimo de infração de menor potencial ofensivo abarcado pela Lei 9.099/95, traduzindo para alguns a idéia de impunidade. Em razão dessa controvérsia a sua aplicabilidade prática foi encarada muito mais do ponto de vista processual do que material.

Por fim, em 29 de março de 2005 entrou em vigor no país a Lei nº 11.106/05, que alterou o Código Penal brasileiro em relação ao conteúdo disposto nos arts. 148, 215, 216, 226, 227 e 231, acrescentando o art. 231-A (assédio sexual), passando assim o mesmo a apresentar a seguinte redação:

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento da pessoa que venha exercer a prostituição:

Pena-reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto –Lei.

Da análise desse dispositivo, constatou-se que o mesmo não acrescentou maiores inovações, nem muito menos trouxe algum tipo de proteção específica a



mulher, do contrário, equiparou os sexos, dispondo que nos delitos de assédio sexual, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativos ou passivos.

Sob essa mesma ótica, Renato Marcão (2005), enfatiza o seguinte:

A nova redação deu ao crime uma redefinição e também maior alcance, pois, com a retirada do monopólio do sexo feminino em relação ao pólo passivo, agora *qualquer pessoa* poderá nele figurar: homem ou mulher. (...) Sensível à realidade dos dias atuais e conhecendo as práticas que envolvem a exploração sexual em sentido amplo, o legislador reconheceu a necessidade de ampliar, e por isso ampliou, a proteção penal também ao sexo masculino, pois já não é novidade a comercialização e exploração sexual do homem, o que era quase inimaginável no tempo em que se redigiu o Código Penal brasileiro.

Assim, em face de sua ineficácia, bem como de todas as outras leis que a antecederam, a nação sentiu-se no dever moral de contornar a situação, e foi exatamente nesse contexto que o Congresso Nacional juntamente com o Poder Executivo uniram força para aprovar a Lei nº 11.340/2006, que será a partir de agora explanada neste trabalho.

## CAPÍTULO 3 AS DISPOSIÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340/2006, em vigor desde o dia 22 de setembro de 2006, é constituída por um total de 46 artigos, subdivididos em 07 títulos, que trazem ao longo do seu contexto os conceitos, medidas e atitudes destinadas ao efetivo combate a violência doméstica e familiar contra a mulher em todo o Brasil.

Referida lei além de proporcionar um tratamento diferenciado a mulher, traz uma série de inovações como, por exemplo, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, prisão em flagrante e preventiva do agressor, enfim traz vários mecanismos que prometem acabar com a violência de gênero e revolucionar a vida da mulher brasileira.

### 3.1 O caso que deu origem à lei

O nome Maria da Penha à referida lei, nada mais é do que uma homenagem à farmacêutica cearense Maria da Penha Fernandes Maia, que no dia 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, foi atingida enquanto dormia por um tiro de espingarda desferido pelo próprio marido, o economista Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro.

Em razão desse disparo que a atingiu na coluna, transfixando a terceira e quarta vértebras, ela ficou paraplégica. O marido de Maria da Penha tinha um temperamento violento em casa tanto com ela quanto com as filhas. Tempos após a tragédia que a vitimou se descobriu que o seu agressor já se envolvera antes na prática de outros delitos, que tinha um filho na Colúmbia, porém nada disso era do seu conhecimento.

Também foi revelado que dias antes do atentado, o autor tentou convencer a vítima a fazer um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário, e ainda, cinco dias antes da agressão, ele a convenceu a assinar, em branco, um recibo de venda de um veículo de sua propriedade. A segunda investida ocorreu duas semanas após o primeiro ataque, desta vez aproveitando o momento em que a vítima tomava banho, tentando eletrocutá-la.

Ofertada a denúncia pelo Ministério Público no dia 28 de setembro de 1984, perante o Juiz da 1ª Vara Criminal de Fortaleza, o agressor foi processado e pronunciado em 31 de dezembro de 1986. Em 04 de maio de 1991 foi julgado pelo Tribunal do Júri e condenado, entretanto a defesa apelou da decisão, pedindo a nulidade do julgamento, alegando falhas na elaboração dos quesitos.

Entendendo pertinentes as argumentações apresentadas pela defesa o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, submeteu o réu a novo julgamento, que ocorreu no dia 15 de março de 1996, quando desta vez foi o mesmo condenado a uma pena de dez anos e seis meses de prisão. Após isso novos recursos foram interpostos, até que em setembro de 2002, ou seja, passado um período de quase 20 anos o agressor foi encarcerado.

Inconformada com tudo isso, a senhora Maria da Penha buscou ajuda perante a Comissão Interamericana de Direito Humanos, sediada em Washington, Estados Unidos, que após analisar minuciosamente a petição enviada pela mesma, publicou um relatório denunciando as graves violações dos direitos humanos no território nacional, ademais considerou o Governo brasileiro culpado pelas atrocidades cometidas contra todas as vítimas e especialmente a Senhora Maria da Penha.

Face a tudo isso, o Estado brasileiro tomou uma série de medidas na tentativa de minimizar as críticas sofridas e ao mesmo tempo mostrar que não mais iria tolerar esse tipo de delito em seu território, nasceu assim a Lei nº 11.340/2006, que por questão de conveniência e justiça, optou-se por homenagear Maria da Penha, que a partir de então tornou-se um símbolo de referência e de luta contra o machismo e as desigualdades entre os sexos no país.

Muito antes da criação de tal lei, o Brasil já vinha tomando várias medidas no sentido de coibir a violência doméstica e familiar, a primeira delas foi a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (Conventiun on the Elimination of All Forms of Discrimination agains Women), em 1984. Depois veio a Constituição Federal de 1988, propondo em seu artigo 5º a igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres. Outra medida foi a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, que ficou conhecida como Convenção de Belém do Pará.

Por último, o País ratificou em 28 de junho de 2002, o Protocolo Facultativo à Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, possibilitando assim o oferecimento de denúncias individuais diretamente ao Comitê dessa entidade.

Porém, o descumprimento da maioria desses pactos, bem como a inércia demonstrada pelo Governo Brasileiro com a situação de Maria da Penha, gerou repercussão internacional imediata, e o caso da mesma foi conhecido e apreciado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos, que em 20 de agosto de 1988, recebeu a denúncia apresentada por Maria da Penha e após publicou em 16 de abril de 2001 o relatório nº 54/2001, com a seguinte conclusão:

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

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

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

Formalizada essa acusação, a mesma Comissão solicitou em seu relatório diligências do Governo Brasileiro no sentido de reformar o sistema legislativo nacional a fim de reduzir o que chamou de “tolerância do Estado” frente aos casos de violência doméstica contra a mulher no País. Criticou também a morosidade da justiça e recomendou a simplificação dos procedimentos no processo penal, para com isso agilizar as demandas judiciais relacionadas a conflitos familiares.

Em virtude disso, o Congresso Nacional reuniu os seus parlamentares e aprovou uma série de medidas para reverter a situação. A primeira delas ocorreu com a edição da Lei nº 10.224/2001, que alterou o Código Penal, na parte referente ao delito de assédio sexual, acrescentando o artigo 216-A, estabelecendo a reprimenda para esse tipo de crime entre um e dois anos de detenção.

A segunda foi a criação do grupo de trabalho interministerial, composto pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República (coordenação); Casa Civil da Presidência da República; Advocacia-Geral da União; Ministério da Saúde; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública.

A terceira foi o projeto de lei nº 4.559/2004, que trouxe a definição atual de violência doméstica e familiar utilizando os seguintes termos: física, sexual, psicológica, moral e patrimonial; equiparando esses tipos a violação dos direitos humanos; também propôs mudanças na Lei dos Juizados Especiais, estabelecendo uma série de critérios, que somados as demais medidas legislativas efetivadas, chegou ao Senado através da sua Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, modificado e rebatizado com o nome de PLC 37, de 2006, serviu de base para a criação e implantação da Lei nº 11.340/2006.

### 3.2 Finalidade da lei

Criada com base no artigo 226 da Constituição Federal, que diz ser a família a base da sociedade, cuja proteção é assegurada pelo Estado, e ainda, com supedâneo no § 8º do mesmo artigo, a Lei Maria da Penha tem como objetivo primordial punir e erradicar a violência praticada contra a mulher em todo o território brasileiro.

Esse pressuposto é evidente logo no seu artigo 1º, que dispõe o seguinte:

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

Dessa análise também se observa, que o legislador intencionou dar cumprimento os pactos firmados internacionalmente, bem como demonstrou que será intolerante em relação a toda e qualquer forma de violência doméstica ocorrida nos lares e residências desse país, ademais previu a criação de todo um aparato necessário para o total e perfeito cumprimento da lei.

Depois, em seu artigo 5º a lei define o conceito de violência doméstica, mencionando que isso ocorre quando, qualquer ação ou omissão baseada no gênero cause a mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Após, passa a especificar os locais de sua abrangência, preceituando assim que a violência passa a ser doméstica quando praticada no âmbito da unidade familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente da orientação sexual.

Compreende-se, portanto, que para os efeitos dessa lei é obrigatório que a ação ou omissão ocorra na unidade doméstica ou familiar, ou seja, tanto no lar e na residência quanto em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de haver coabitação. Dessa forma compreende-se que a lei abrange tanto as relações de marido e mulher, namorados ou amantes, quanto as de pai e filha ou irmão e irmã, padrasto e enteada, enfim abarca as relações de intimidade de várias pessoas, que dividam ou não o mesmo teto.

Corroborando este entendimento, Maria Berenice Dias (2007, p. 41), traz as seguintes informações:

Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem estejam ou tenham sido casados. Também a união estável – que nada mais é do que uma relação íntima de afeto – a agressão é considerada como doméstica. Basta estar caracterizado o vínculo da relação doméstica, da relação familiar ou de afetividade, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor.

Outra inovação bastante festejada pela mesma doutrinadora, foi o fato da lei Maria da Penha, segundo ela, incluir no rol de sua proteção a mulher homossexual, o travesti, e o transexual, enfim todos aqueles que mantêm uma opção sexual oposta aos padrões sociais, mas que mantêm relação familiar ou de convivência.

Sobre esta mesma ótica é o comentário trazido Rogério Sanches Cunha (2007, p. 32-33), quando diz:

A inovação merece aplausos em vista da timidez normativa que reinava sobre o tema em nosso país. Assim, a Constituição vê a unidade familiar, basicamente, sob três ângulos, todos tratados no art. 226: aquela decorrente de casamento (§§ 1º e 2º), da união estável (§ 3º) e da entidade monoparental (formada por um dos pais e os filhos, mencionada no § 4º). A Constituição cidadã deixa claro, ainda, que casamento, família, entidade familiar, são conceitos privativos da união entre homem e mulher (§4º), não concebendo, nem de longe, a possibilidade de qualquer união de pessoas do mesmo sexo (...).

A lei em estudo, portanto, de forma até então inédita em nosso arcabouço normativo, prevê que as medidas nela previstas de caráter penal e civil, aplicam-se, também, às uniões homossexuais entre mulheres, permitindo inclusive, em nosso entendimento, que se determine, por exemplo, o afastamento do lar da agressora (art. 22, V) etc.

Em razão dessas inovações, cogitam os referidos doutrinadores, haver a possibilidade de significativas mudanças no conceito de família no cenário brasileiro, como, por exemplo, a possível legalização da união entre homossexuais, pois vendem a idéia de que a legislação está obsoleta e que esse tipo de união não pode mais ser reconhecida como sociedade de fato.

Ora, a Lei nº 11.340/2006, não legitimou, ainda que implicitamente, a hipótese da união de pessoas do mesmo sexo, pelo contrário, na verdade, trouxe apenas proteção a essas pessoas, quando elas são vítimas de agressão nas modalidades previstas, ou seja, no momento essa idéia é prematura e inconcebível pelo ordenamento jurídico nacional.

O artigo 6º define a violência doméstica e familiar contra a mulher, como sendo uma das formas de violação dos direitos humanos. Para a grande maioria dos doutrinadores esse dispositivo merece elogios, pois toda e qualquer forma de violência deve ser sempre repudiada, seja a vítima homem ou mulher.

Aliás, é importante acrescentar, que nas hipóteses de violação dos direitos humanos apesar de tal lei atribuir competência a Justiça Estadual para julgar o infrator, existe previsão legal no artigo 109, inciso V-A da Constituição Federal, dessa competência ser deslocada para a Justiça Federal, mediante iniciativa do Procurador Geral da República.

Quanto às formas de violência doméstica e familiar contra a mulher o artigo 7º traz a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

O inciso I do artigo supracitado, trata da violência física que compreende o uso da força, mediante inúmeras formas ou ações do tipo: empurrões, socos, tapas, chutes, pontapés, etc, desejando assim provocar lesões ou hematomas na vítima. Já a violência psicológica é entendida como sendo a agressão emocional, e acontece quando o sujeito ativo profere ameaças, despreza ou tenta diminuir a auto estima da vítima.

Sobre a violência sexual elencada acima no inciso III, apriori deve ser dito que sempre foi uma das modalidades de delito mais praticado nos Estados brasileiros, principalmente na Região Nordeste, onde o comércio do sexo rende altos lucros e muita polêmica por causa do turismo sexual e da prostituição infantil. A pesar dessa modalidade de crime ser severamente tutelado pelo Código Penal, tanto na parte que trata dos crimes contra os costumes, contra a liberdade sexual,



posse sexual mediante fraude, etc, a Lei Maria da Penha, criou esse dispositivo, o que aparentemente parece ser desnecessário.

Quanto à violência patrimonial definida acima no inciso IV, cumpre enfatizar que no Código Penal também existe previsão legal, entre os delitos de furto, dano, apropriação indébita, etc, porém nessa nova concepção de violência doméstica trazida pela Lei Maria da Penha, não se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos artigos 181 e 182, do Código Penal, nas hipóteses dos delitos patrimoniais, não violentos, ocorridos no âmbito familiar.

Entendimento semelhante é trazido por Maria Berenice Dias (2007, p. 52), quando diz:

A violência patrimonial encontra definição no Código Penal entre os delitos contra o patrimônio como o furto, dano, apropriação indébita etc.  
A partir da nova definição de violência doméstica, assim reconhecida também a violência patrimonial, não se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos arts. 181 e 182 do Código Penal quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar.  
Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua cônjuge ou companheira, ou, ainda, alguma parente do sexo feminino. Aliás, o Estatuto do Idoso, além de dispensar representação, expressamente prevê a não aplicação desta excludente da criminalidade quando a vítima tiver mais de 60 anos.

Destarte, a questão patrimonial da mulher vítima de violência doméstica e familiar, encontrou forte guarida na Lei Maria da Penha, que dependendo da forma como o furto é praticado poderá também o agente ser enquadrado na agravante estabelecida pelo artigo 61, II, f do Código Penal.

Por fim, o inciso V do artigo 7º define a violência moral como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Sobre isso, importa acrescentar, que todas essas modalidades de crimes supracitados a pesar de serem previstos no Código Penal, a sua prática contra a mulher no contexto familiar ou afetivo, implicará a agravante do artigo 61, II, f do mesmo Código.

### 3.3 Disposições repressivas

A lei ora em comento, traz nos artigos 8º e 9º, a seguir comentados, um extenso rol de medidas destinadas à proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar ou de intimidade.

O caput do artigo 8º menciona que a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar será criada e executada por um conjunto de ações articuladas da União, Estados, Municípios e de ações não governamentais, mostrando dessa maneira que o país efetivará o compromisso assumido perante a Convenção de Belém do Pará.

Após no inciso I, fala da integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

Essas atitudes realmente são de grande valia e certamente deverão contribuir para prevenir, combater, e, provavelmente, reduzir a prática desse tipo de delito, tendo em vista que proporcionará as autoridades maior integração, cruzamento de dados e demais atitudes que facilitarão o dia a dia das vítimas, da polícia e demais órgãos incumbidos de prevenir e reprimir o mesmo delito.

Os incisos II e III, abordam a questão de estudos estatísticos referentes a gênero, raça ou etnia, que possam ser utilizados para identificar às causas, conseqüências, freqüências etc, da violência doméstica, bem como enfatiza sobre o respeito, nos meios sociais, sobre os valores éticos e sociais da pessoa e da família, no sentido de proibir a violação desses valores.

O inciso IV, trata da implementação do atendimento policial especializado para as mulheres, principalmente nas Delegacias de Atendimento à Mulher. Essa medida também é bastante pertinente, tendo em vista que poderá evitará muitos constrangimentos às vítimas, haja vista que a maioria dos agentes e policiais que lidam com mulheres nessas condições são despreparados para atendê-las.

Corroborando esse entendimento, Rogério Sanches Cunha (2007, p. 45), faz o seguinte comentário:

Que se escolham pessoas que revelem aptidão para o trato da mulher e sensibilidade para abordagem dos problemas por ela suportados. E que se dê preferências a policiais do sexo feminino em face do constrangimento natural que se verifica cotidianamente quando a mulher se vê obrigada a

narrar fatos incômodos (a prática de um crime contra a sua liberdade sexual, por exemplo) para homens nem sempre preparados para ouvi-la. (...) Muitas vezes as vítimas são mais maltratadas por policiais, com seu descaso, indiferença e desrespeito, do que pelo próprio vitimizador. A vítima é interrogada como se fosse culpada de um ilícito, sem qualquer contemplação, impondo-se-lhe uma agonia psíquica intolerável.

Os incisos V e VI, falam da realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas tanto para o público escolar quanto para a sociedade em geral, a celebração de convênios, protocolos, ajustes termos etc, tendo por objetivo a implantação de programas que possam contribuir para a erradicação do mencionado tipo de crime.

Já o inciso VII, trata da capacitação técnica das Polícias Civil e Militar, Guarda Municipal, Corpo de Bombeiro e etc. O inciso VIII fala da promoção de programas educacionais capazes de propagar os valores éticos, respeito e dignidade da pessoa humana, com ênfase a perspectiva de gênero e de raça ou etnia.

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

Perquirindo agora sobre as medidas protetivas, o artigo 9º da aludida lei, trata o mesmo da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento

científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

Conforme se observa no dispositivo supracitado, terá a mulher, na situação prevista, os seguintes direitos: assistência social, o nome incluso nos programas assistenciais a níveis federal, estadual e municipal; na condição de servidora terá prioritariamente o direito de ser removida para outra localidade diversa da do agressor; afastamento do emprego privado por um período de até seis meses sem correr o risco de ser demitida; terá acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis tais quais a AIDS, a gonorréia, a sífilis e tantas outras, bem como terá acesso a qualquer procedimento médico cabível e necessário a situação concreta de violência sexual.

Dessas propostas trazidas, acredita-se que algumas geram maiores dificuldades, como as medidas de remoção da servidora pública vítima de violência doméstica e familiar, e da manutenção do vínculo empregatício por até seis meses à qualquer empregada que se encontre na referida situação, em razão das consequências que poderão advir, isto é, usurpação de competências, infringência de dispositivo constitucional, etc, conforme explica Rogério Sanches Cunha (2007, p. 51-53), mencionando o seguinte:

A lei em estudo criou mais uma possibilidade de remoção, a pedido da interessada e independentemente do interesse da administração, a ser deferida àquela "mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar a sua integridade física e psicológica". Aí começam os empecilhos de ordem prática a dificultar a aplicação do dispositivo que, na teoria, se traduz em relevante inovação.

(...) Não se imagina como pode um juiz, por exemplo, determinar a remoção de uma servidora da cidade de Santo André para São Bernardo. Um, porque impossível obrigar que um município estranho ao âmbito da competência do juiz seja compelido a cumprir sua decisão. Dois, em razão de que o município de São Bernardo não se vê na obrigação de receber servidora que não pertença a seus quadros. E, três, em virtude de que uma decisão nesse sentido violaria o princípio constitucional que impõe a obrigatoriedade do concurso público como única forma de acesso à administração pública (art. 37, II, CF).

Outra dificuldade pode ser vislumbrada na hipótese em que um juiz estadual (a quem competirá julgar as causas trazidas nesta lei), determine a remoção de uma servidora pública federal. (...)

Ocorre que o art. 109 da Constituição Federal elenca as hipóteses de competência do juiz federal e, dentre elas, não se encontra nenhuma capaz de abrigar o julgamento de causas cíveis ou criminais envolvendo a violência contra a mulher (...).

Além disso, existe a celeuma sobre a questão do pagamento de salários na hipótese de afastamento do emprego por seis meses da mulher vítima de violência doméstica e familiar, tendo em vista que a lei não especificou ao certo se o afastamento é ou não remunerado, ensejando dessa maneira dúvidas sobre a aplicação prática do dispositivo, pois não deixou pistas interpretativas se é o empregador ou a previdência que arcará com a despesa no período de afastamento, tornando com isso praticamente impossível a sua real aplicabilidade no caso concreto.

Sobre as demais medidas elencadas no aludido artigo, são todas dignas de elogios, pois, pelo menos teoricamente, irão assegurar a mulher vítima do referido crime um tratamento de saúde prioritário, o que é de fato é justo, resta saber apenas, se isso na prática será cumprido como determina a lei, haja vista que hoje a saúde pública do Brasil, transformou-se em assunto de polícia, ou seja, problemas como: a falta de medicamentos e leitos nos hospitais, o reduzido número de médicos nos prontos socorros e unidades de atendimento, a falta de equipamentos nas unidades de terapias intensivas, entre outros transformam a vida dos usuários desse serviço num verdadeiro caos.

Quanto ao atendimento das autoridades policiais à mulher vítima de violência doméstica e familiar, entende-se que muitos dos procedimentos trazidos por esta lei são absolutamente repudiáveis, no entanto essa discussão será reservada ao capítulo seguinte.

O artigo 11 narrado a seguir, traz providências importantes a serem adotadas pelas autoridades policiais. São elas:

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

- I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
- II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
- III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

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

Foi bastante feliz o legislador na criação deste dispositivo, tendo em vista que em várias circunstâncias o agressor pode ser perigoso, principalmente, se estiver armado, o que torna a proteção policial uma medida absolutamente viável e imprescindível. O encaminhamento da ofendida ao hospital pela polícia também em determinadas situações é a única forma de salvar a sua vida, haja vista que, no momento da prática dos crimes de maior gravidade, a polícia geralmente chega ao local antes de quaisquer outras equipes ou profissionais.

Os demais incisos são importantes, e na prática evitarão maiores dissabores às ofendidas, tais como: não correr o risco de pernoitar na rua juntamente com os filhos, poder retirar seus pertences da residência sem temer ser lesionada ou morta, enfim terão ampla e irrestrita assistência pela polícia que, além disso, terá o dever de orientá-las sobre os direitos as mesmas conferidos pela Lei nº 11.340/2006, tornando-as esclarecidas e conscientes para tomar qualquer decisão que entenderem cabível.

O artigo 12 trata dos procedimentos que devem ser tomados pela autoridade policial tão logo tenha conhecimento da ocorrência de violência doméstica e familiar, prescrevendo o seguinte:

- Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:
- I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
  - II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
  - III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;
  - IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
  - V - ouvir o agressor e as testemunhas;
  - VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

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

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

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

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

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

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

Do rol de procedimentos acima narrado, cumpre salientar que os mesmos não trazem inovações de ordem processual, ou novidades na lavratura do auto de prisão flagrante e instauração do inquérito policial. O que realmente chama a atenção neste dispositivo e, especificamente, na Lei Maria da Penha, é a possibilidade da prisão em flagrante do agressor, com a simples comunicação do fato delituoso pela ofendida ao Delegado.

Sobre o artigo 13, diz que são aplicáveis a mesma lei, em matéria processual, referentes ao julgamento e a execução das causas cíveis e criminais, as mesmas regras dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, que não forem conflitantes com a mesma.

Outra medida de grande relevância trazida pelo artigo 14, foi previsão de criação em todo o território nacional dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Este órgão terá competência para julgar matéria de ordem civil e criminal, bem como poderá funcionar à noite dependendo das normas de organização judiciária dos Estados.

A criação do referido órgão provavelmente será de grande valia, pois certamente contribuirá para a redução da imensa demanda de processos que existe hoje tanto na justiça comum quanto nos Juizados Especiais. Ademais será um órgão específico para cuidar dos delitos de violência doméstica e familiar, e isso propiciará às vítimas um tratamento diferenciado, de melhor qualidade, rapidez e tranquilidade.

Quanto à matéria relativa à competência, esta é trazida no artigo 15 da aludida lei, que inovou as regras contidas no Código de Processo Penal, e conferiu a

ofendida o direito de propor a ação tanto no foro de sua residência ou do lugar em que se consumou o fato, quanto no local do domicílio do agressor.

Exceções a essa regra, acontecem nas hipóteses de crimes considerados de grave violação aos direitos humanos, onde o Procurador Geral da República provoca o incidente de deslocamento de competência, passando então a causa a ser julgada pela Justiça Federal, ou ainda, quando a infração é cometida a bordo de navios ou aeronaves, cuja competência também é atribuída ao mesmo órgão. Nas demais demandas o Juiz competente para o processamento e julgamento da ação é o da justiça comum.

Outra importante mudança trazida na Lei Maria da Penha diz respeito à renúncia e a representação, que antes, sob a incidência da Lei nº 9.099/95 poderia ser feita sem maiores complicações, tendo em vista que as contendas envolvendo violência doméstica eram tratadas como delitos de menor potencial ofensivo, o que permitia a vítima desistir da ação sem necessariamente estar na presença do juiz.

A partir de agora essa hipótese não é mais possível, pois segundo dispõe o artigo 16 da lei atual, nas ações penais condicionadas à representação da ofendida, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada, porém antes do recebimento da denúncia e manifestação do Ministério Público.

Na prática isso significa que primeiramente a ofendida terá que representar contra o agressor perante a autoridade policial, e esta por sua vez, lavrará a ocorrência, ouvirá a vítima e transformará a representação a termo (o que antes era feito em juízo), após os autos são encaminhados ao juiz competente, onde a vítima, se desejar, poderá retratar-se da representação até o recebimento da denúncia ou ficar inerte e deixar o opressor ser processado.

Outra novidade bastante festejada foi a vedação expressa do artigo 17 quanto à aplicação do pagamento de cestas básicas, prestações pecuniárias ou multas como forma de substitutiva de pena, ou seja, a partir de agora não é mais permitido nos casos de crimes de violência doméstica e familiar a composição de danos por sugestão do Ministério Público, nem muito menos a suspensão condicional do processo (sursis), em razão dos referidos delitos estarem afastados da incidência da Lei dos Juizados Especiais.

O artigo 20 aduz que a prisão preventiva do agressor pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, de ofício pelo juiz, por



requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial. O parágrafo único do mesmo artigo relata que a mesma pode ser revogada, ou decretada novamente pelo magistrado, surgindo novos fatos que justifiquem o encarceramento do agressor.

Esta medida tem sido alvo de fortes críticas pela maioria dos doutrinadores. Apesar disso, Maria Berenice Dias (2007), defende que esta modalidade de prisão pode ser perfeitamente cabível na hipótese do opressor ter descumprido a ordem judicial que determinou o seu afastamento do lar.

Entendimento semelhante é trazido por Rogério Sanches Cunha (2007, p. 81), quando diz:

Compartilhamos desse entusiasmo, mas, no entanto, recomendamos cautela na abordagem do tema.

Primeiro, porque não basta para a decretação da medida de exceção que o crime tenha sido perpetrado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar. É preciso que, além disso, estejam presentes, também, os pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, de início, se exigirá a presença de prova da existência do crime e indício de sua autoria, a configurar o *fumus boni iuris*.

Além disso, para completar o binômio clássico que inspira toda e qualquer medida cautelar, é de rigor a demonstração do *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*), previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes da parte inicial do mencionado artigo, ou seja, prisão para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (...).

Em face do exposto, compreende-se que a medida coercitiva do artigo 20, merece ser analisada com extrema cautela, pois conforme se observou não existe ainda um consenso formado quanto a sua justificativa e aplicabilidade, ou seja, tal instrumento da maneira como é trazido pela lei em comento parece gerar enormes controvérsias e incertezas.

Além disso, são anunciadas, a partir do artigo 23, outras medidas protetivas de urgência à ofendida, tais como o seu encaminhamento e de seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, sendo essas determinadas pelo juiz ou pela autoridade policial; a sua recondução (a critério do magistrado) e de seus dependentes ao lar após o afastamento do agressor, assim como poderá também ser afastada da moradia, por ordem do juiz, sem nenhum prejuízo de ordem financeira, guarda de filhos e direitos alimentícios. Tudo isso,

segundo Maria Berenice Dias, pode ser concedido mediante requerimento cautelar da vítima, no juízo criminal, e após o seu deferimento, no cível.

No inciso IV do mesmo artigo também está prevista a determinação da separação de corpos, que poderá ser aplicada, segundo Rogério Sanches Cunha, tanto aos casais heterossexuais quanto aos que vivem em união afetiva como, por exemplo, entre duas homossexuais.

Por último o artigo 24 trata da proteção patrimonial da sociedade do casal, ou de patrimônio próprio da mulher. Para isso, poderá o magistrado determinar, liminarmente, a restituição de bens e objetos indevidamente subtraídos ou levados pelo seu companheiro ou cônjuge, evitando com isso a dilapidação de bens que guarnecem a própria moradia, tais como geladeira, fogão, aparelho de som, etc; proibi-lo de realizar atos de compra, venda e locação de propriedade comum, sem a expressa autorização judicial; suspensão de procurações da ofendida para o agressor, evitando assim que a mesma venha a ser lesada, nas hipóteses em que autorizou o companheiro, mediante instrumento de mandato a agir em seu nome; a prestação de caução, provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos causados pelo ofensor, garantindo assim o pagamento de uma posterior indenização à vítima para compensá-la dos danos sofridos.

Por fim, prevê o parágrafo único do mesmo artigo que o juiz deverá oficiar ao cartório competente para fins previstos nos incisos II e III, ou seja, oficiará ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos, para que futuramente nenhuma pessoa possa alegar desconhecimento ou ignorância de alguma contenda judicial envolvendo o agressor.

No artigo 22 da lei em estudo são trazidas as medidas denominadas de "protetivas de urgência que obrigam o agressor". A primeira delas é a suspensão ou restrição do seu porte de armas, mediante solicitação da vítima ao juiz. Sem dúvida alguma, essa atitude deverá trazer maior tranquilidade à mulher, principalmente aquelas que convivem maritalmente com autoridades como policiais, agentes penitenciários, promotores enfim, com pessoas que tem autorização para portar arma, que poderão um dia numa eventual discussão, lesioná-las ou até mesmo mata-las.

Idêntica é também a percepção de Maria Berenice Dias (2007, p. 82-83), que defende o seguinte:

Sendo legal a posse e o uso da arma de fogo pelo agressor, denunciando a vítima à autoridade policial a violência e justificando a necessidade de desarmá-lo, por temer pela própria vida, será instalado expediente a ser remetido ao juízo. Deferido o pedido e excluído o direito do ofensor manter a posse da arma, ou sendo limitado o seu uso, deve-se comunicar a quem procedeu ao registro e concedeu a licença: o Sistema Nacional de Armas e a Polícia Federal.

Caso o agressor tenha direito ao uso de arma de fogo, segundo o rol legal, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição a restrição que impôs. O superior imediato do agressor fica responsável pelo cumprimento da determinação judicial sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou desobediência. A restrição é válida para evitar tragédia maior. Se o marido agride a esposa, de modo a causar lesão corporal, se possuir arma de fogo, é possível que no futuro progrida para o homicídio.

Destarte, compreende-se que caminhou bem o legislador pátrio ao elaborar esse dispositivo, haja vista que não isentou nem mesmo o seletivo grupo de pessoas que hoje têm porte de armas nesse país, mas que na condição de pessoas humanas, também estão propícias, ao erro e ao cometimento de crimes seja na vida pública ou privada.

Quanto às medidas elencadas nas alíneas a, b e c do dispositivo em exame, vislumbram a preservação da incolumidade da vítima proibindo assim qualquer contato físico entre ela e o agressor. A primeira delas refere-se à proibição do agressor de se aproximar da ofendida, com limite de distância fixada; a segunda proíbe o seu contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; por fim a terceira, o proíbe de freqüentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Sobre a primeira restrição acima disposta, importa relatar, que é perfeitamente compreensível que após uma forte desavença entre os consortes, aplique-se uma medida que possa mantê-los afastados um do outro, por questões de segurança e prevenção a futuras agressões, porém esse método pode tornar-se inócuo quando se tenta estabelecer limites como 300 metros, 500 metros, enfim quando se impõe um limite de distância certo e determinado, em razão de não haver possibilidade de o magistrado fiscalizar se isso realmente está sendo cumprido da maneira correta, ou seja, é pouco provável que na prática essa restrição surta relevantes efeitos.

Quanto à segunda restrição acima, Rogério Sanches Cunha (2007, p. 90-91), faz as seguintes colocações:

(...) que o agressor além da ofensa física contra a mulher, passe a incomodá-la por meio, principalmente, de ligações telefônicas. Estas ocorrem sem qualquer limitação de horário, prejudicando a mulher durante o seu horário de descanso. Alcançam, por vezes, o local de trabalho da ofendida que, constantemente oprimada pelo agressor, vê diminuído seu rendimento, colocando em risco seu emprego, já que o patrão nem sempre é tolerante com esse tipo de conduta. Para evitar esse comportamento é que pode o juiz impedir qualquer comunicação do agressor com a vítima, contato que pode ser realizado não apenas por telefone, mas por e-mail, cartas, etc.

Parece pertinente a opinião do doutrinador supracitado, tendo em vista que em diversas situações de desavenças de casais, é praxe o agressor querer ameaçar ou importunar, seja através de cartas ou telefone, as testemunhas, a companheira e seus familiares, na tentativa de com isso escapar de uma possível punição.

Quanto à terceira proibição acima citada, é entendida aqui, que deve ser referente à casa da vítima ou de seus familiares, bem como de pessoas próximas como vizinhos e amigos, para que dessa maneira se evite do agressor criar situações desagradáveis e aborrecimentos às mesmas.

Outra medida trazida no aludido artigo, é a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar (inciso IV). Apesar do mesmo doutrinador por último citado, tentar justificar a pertinência do dispositivo alegando que seria mais correto se a expressão menor fosse substituída por incapaz, em razão desta abranger filhos, enteados, enfim todas as pessoas que estivessem sob a guarda ou tutela do agressor, na verdade, compreende-se que a mesma é desnecessária, pois é perfeitamente possível em várias hipóteses, o agressor não se entender bem com a mulher, mas ter ótimo relacionamento com os filhos ou dependentes, ademais em casos assim seria muito mais pertinente que o magistrado simplesmente substituísse o local das visitas para outra residência como, por exemplo, para a casa de algum amigo ou pessoa de confiança de ambas as partes.

Importante também destacar a previsão do inciso V, que obriga o agressor a prestar alimentos provisionais ou provisórios à vítima de violência doméstica e familiar. De acordo com Rogério Sanches Cunha, essa medida abrange também os

filhos do casal, pois relata que mesmo na hipótese da mãe estar empregada e tenha condições de alimentá-los, não é justo que a mesma tenha que sustentá-los sozinha.

Quanto medida disposta no parágrafo 3º, inciso V, do artigo em estudo, que autoriza o juiz a requisitar o auxílio força policial, a qualquer momento, para o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, não há o que se questionar, até porque já foi exaustivamente expressado ao longo dessa atividade que às vezes esse procedimento torna-se necessário,

Por fim, cumpre salientar, que com base na análise feita em toda a Lei Maria da Penha, observou-se que a mesma traz inúmeras disposições que demonstram serem corretas e necessárias à proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, porém, se constatou ainda, que alguns de seus dispositivos além de injustos são ofensas visíveis a Constituição Federal. Por tudo isso, será provado no capítulo a seguir que ela é uma lei inconstitucional.

## CAPÍTULO 4 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Na tentativa de proporcionar ampla proteção às mulheres vitimadas pela violência doméstica e familiar no Brasil, a Lei Maria da Penha trouxe dispositivos polêmicos, que denotam grandes incertezas, ou seja, favorece a mulher de maneira extraordinária, no entanto é discriminatória e excessivamente rigorosa em relação ao homem.

Por tais razões, constatou-se a pertinência de analisar e confrontar os dispositivos mais controversos da lei em comento, com princípios importantes da Constituição Federal, e correntes doutrinárias de credibilidade mundial, para em seguida provar os motivos de sua inconstitucionalidade.

### 4.1 Igualdade

De uma forma geral é possível conceituar princípios, como sendo os fundamentos basilares norteadores do ordenamento jurídico de uma nação, ou ainda, os valores consagrados de um povo, ou sociedade. Segundo Miguel Reale, apud Marcelo Amaral da Silva (2003), "princípios são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade".

Importante ainda ressaltar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (apud Marcelo Amaral da Silva, 2003), que assevera o seguinte:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma.

Além da explícita superioridade em relação às normas, o princípio se distingue das mesmas em diversos aspectos, ou seja, pelo conteúdo do seu enunciado (o princípio incorpora os valores tidos como fundamentais em primeiro plano, enquanto as regras os utilizam em segundo plano), pela sua aplicação ou modo de incidência (o princípio sempre é norteado por regras e não exclui nem desconsidera outros princípios contrários, isto é, podem ser utilizados ou afastados de acordo com a situação concreta; já as regras ao contrário, são aplicadas exclusivamente e integralmente, com exclusão imediata de todas as outras que lhe são opostas), por fim, se distingue pela sua funcionalidade ou utilidade em relação às normas, haja vista que é considerado estrutura fundamental, enquanto que as regras são conhecidas pela regulação específica.

Em face destas considerações, se percebe que os princípios são infinitamente superiores às regras e normas, em razão disso, na hipótese de haver divergência entre este e uma norma, a interpretação deverá sempre ser feita sempre de acordo com o princípio, haja vista que este é o alicerce maior que dá sustentação a norma.

Perquirindo agora sobre o princípio da igualdade, trazido na Constituição Federal de 1988, no caput do seu artigo 5º, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tal evidência explica Alexandre de Moraes (2003, p. 64), implica na vedação às diferenças arbitrárias e discriminações absurdas.

Importante também enfatizar, que o simples fato deste princípio está mencionado no Preâmbulo da referida Constituição faz com que o mesmo seja considerado norma supraconstitucional, ou seja, todas as outras normas lhe devem respeito e obediência.

A igualdade entre todos os seres humanos, expressamente trazidos no referido princípio é compreendida sobre dois aspectos: material e formal. O aspecto material da igualdade deve ser compreendido como o tratamento dado uniformemente tanto ao homem quanto a mulher, proporcionando a ambos os sexos iguais oportunidades, seja no trabalho, na educação, nos direitos e nos deveres. O sentido formal por sua vez, diz respeito ao teor expresso na lei, tal qual evidencia o

artigo 5º da Constituição Federal, quando prescreve "igualdade de todos perante a lei".

Extraí-se da lição de Aristóteles que, o princípio da igualdade, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem. Pedro Lenza (2008, p. 596), esclarece que essa igualdade deve primar acima de tudo pela igualdade substancial, isto é, real ao caso concreto. Explica também o mesmo doutrinador, que o legislador constituinte estabelece as seguintes desigualdades em relação a homens e mulheres:

art. 5º, L (condições às presidiárias para que possam permanecer com os filhos durante o período de amamentação); b) art. 7º, XVIII e XIX (licença-maternidade e licença-paternidade); c) art. 143 §§ 1º e 2º (serviço militar obrigatório); d) arts. 201, § 7º, I e II; 201, § 8º; art. 9º da EC nº 20/98; art. 40 da CF/88; art. 8º da EC nº 20/98; arts. 2º e 6º da EC nº 41/2003 – Reforma da previdência – dentre outros (regras sobre aposentadoria).

Após, ele admite veementemente que seja difícil saber até que ponto a desigualdade de uma lei gera ou não inconstitucionalidades.

Pois bem, no tocante a Lei Maria da Penha, comprovou-se que a razão maior para o seu surgimento foi a ineficácia da justiça penal consensualizada na repressão e tratamento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Esta lei demonstra enorme insatisfação com o método dos juizados especiais criminais para combater os aludidos crimes. Ademais, o fato de esses institutos serem considerados despenalizadores por excelência, gerou a idéia de impunidade para com os agressores.

Ocorre que após o surgimento da lei em estudo muitos pugnaram pela sua inconstitucionalidade. Outras linhas passaram a criticá-la por perceberem que a mesma elencava em seu contexto medidas punitivas de cunho excessivamente severas e, por essa razão muitas mulheres estavam agora deixando de denunciar seus companheiros, etc.

Todas essas discussões e evidências parecem se coadunar com a filosofia da crítica garantista. Nesse ínterim exsurge a importância de averiguar, se a Lei nº 11.340/2006 está cumprindo o seu papel de instrumento eficaz no combate a



violência sofrida por mulheres nas relações familiares e de intimidade, bem como se é ou não uma compatível com a Constituição Federal.

Estudando inicialmente a sua compatibilidade ou não com o princípio da igualdade, será trazido à baila o seu artigo 2º que traz a seguinte redação:

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

A análise cuidadosa deste artigo revela visivelmente a sua falta de lógica, pois equipara à mulher a condição de ser humano, insinuando assim que antes da Lei Maria da Penha ela não era humana, ademais tais considerações dão à mulher uma proteção diferenciada, mas ao mesmo tempo discrimina excessivamente o homem, e isso, é expressamente vedado pela Carta Magna do País tanto no caput do seu artigo 5º, quando preceitua a igualdade de todos iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, quanto no inciso I do mesmo artigo, ao deixar claro que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Corroborando este entendimento, Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (2007), faz as seguintes colocações:

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

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

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

Outra falsa ilusão é de que a Lei Maria da Penha por ser alicerçada no artigo 226 da Constituição Federal, tem também como finalidade a proteção da família, vista na Carta Magna como célula fundamental da sociedade. Ora, como é possível haver essa proteção familiar se a lei prevê tratamentos distintos para os seus membros, ou seja, na hipótese de um pai agredir a sua filha o castigo a ele aplicado, de acordo com esta lei é infinitamente maior do que se a agressão fosse contra um filho. Se isto não for ofensa ao princípio da igualdade o que mais haveria de ser? Será que esse tipo de tratamento dado pela Lei Maria da Penha é mesmo correto e justo, ou será que tudo isso ao invés de colaborar para a preservação da família, não está contribuindo decisivamente para a sua autodestruição?

Fernanda Veloso Martins (2006), criticando Maria Berenice Dias, tece os seguintes comentários sobre a lei em comento:

Esta lei é discriminatória por si só e também inconstitucional. Onde estão o contraditório e a ampla defesa consagrados na Constituição? O autor da agressão pode ter sido qualquer outro (a), que não o apontado pela suposta vítima. A diferenciação entre homens e mulheres fere a Constituição. O tratamento diferenciado para homens e mulheres, com relação ao MESMO CRIME fere a Constituição e demais leis infraconstitucionais. (...).

Se um homem tenha (ou que tenha vivido) com uma mulher, relação afetiva ou familiar e que a agrida, será enquadrado na nova Lei "Maria da Penha"; Se um homem desconhecido agredir esta mesma mulher, da mesma forma, será a ele aplicada a Lei 9.099/95, que prevê pagamento de cesta básica ou qualquer outra medida alternativa de sanção!!!

Se uma mulher agredir um homem (e são muitas as que agridem seus parceiros), terá o benefício da Lei 9.099/95 e ficará sujeita às leves sanções por esta lei impostas.

Não estou sugerindo que as mulheres devam apanhar ou que os homens tenham que ficar impunes. Sugiro que criem leis lógicas e que não sejam incoerentes ou discriminatórias como é a Lei Maria da Penha.

Conforme se observa, é insustentável a afirmação de que esta lei também veio com a finalidade de dar proteção à família, ao contrário ela denota enorme desrespeito para com os seus integrantes, promovendo o desprestígio de uns em detrimento de outros. Ora, será que tal tipo de tratamento não gerará disputas intermináveis dentro e fora do lar? Qualquer pessoa sabe que no contexto familiar não pode haver dois pesos e duas medidas, isto é, não pode o pai ou a mãe tratar os seus filhos de maneira distinta, pois quando isto acontece geralmente a família

entra em conflito, ocasionando desarmonia. O comentário acima citado reflete exatamente esta controvérsia, ou seja, se qualquer desconhecido agredir a mulher será a ele aplicada a Lei nº 9.099/95, que prevê medidas mais brandas, porém se a agressão provier de algum membro da família a sua punição será inúmeras vezes mais severa.

Em face do exposto, constata-se que a lei nº 11.340/2006 realmente infringe o princípio constitucional da igualdade, pois as inúmeras tutelas e garantias que concede a mulher, a transforma em ser infinitamente superior em relação ao homem, enquanto este além de discriminado, passa a ser considerado como o grande vilão da família e da sociedade.

#### 4.2 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade teve a sua origem no Devido Processo Legal anglo-saxão, esboçado na Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, durante o período do Estado Absolutista. Seu nascimento adveio da necessidade burguesa de assegurar os seus direitos individuais, ameaçados e violados constantemente pelo soberano. Tratava-se acima de tudo de um mecanismo eficiente e capaz de garantir a não-intervenção do Estado na seara dos referidos direitos.

A inserção deste princípio no âmbito do direito constitucional deveu-se, sobretudo, as revoluções burguesas ocorridas no século XVIII, influenciadas pela doutrina iluminista, principalmente no que diz respeito à inviolabilidade da dignidade humana. Posteriormente, ele foi efetivado na Constituição francesa de 1789, e na Constituição alemã de Weimar. A sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, adveio por influência da doutrina portuguesa, que também foi influenciada por outras dos países europeus.

Importante também salientar, que o mesmo princípio foi dividido pela doutrina alemã em três subprincípios. São eles: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação versa sobre a exigência de compatibilidade entre a finalidade pretendida pela norma e os meios que a mesma enuncia para atingir o seu alcance. Trata-se do exame de utilidade da lei, que evidentemente

deverá ser expurgada quando se mostrar totalmente incapaz de obter o resultado pretendido.

Já o da necessidade, versa sobre o fato de ser a medida restritiva de direitos importante e imprescindível para a preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro de igual ou superior importância, ou seja, busca-se uma forma menos nociva que possa produzir o fim almejado pela norma em questão. Segundo Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (2008), este subprincípio é dividido em quatro vertentes: "exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados)".

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade é definido pelos doutrinadores supracitados (op. cit.) da seguinte forma:

(...) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma. (...)

Neste diapasão, compreende-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado como meio de comparação da constitucionalidade ou não das leis impostas pelo Estado, bem como instrumento útil de proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A inserção de tal princípio na Constituição Federal de 1988 ocorreu juntamente com a incorporação dos demais princípios gerais, norteadores da interpretação das regras contidas ao longo da mesma Carta Magna.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade também é considerado como uma das idéias fundadora da Constituição, além do mais funciona também como complemento ao princípio da reserva legal, trazido no artigo 5º, inciso II.

Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (2008), advertem as seguintes consequências geradas pela inobservância deste princípio:

(...) a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental. Uma vez que o princípio da legalidade tem como um de seus aspectos complementares e essenciais à sua efetiva observação o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º., XXXV), mister é notar que este se aplica a qualquer ato praticado pelo poder público que seja considerado por aquele a quem prejudica como desproporcional ao objetivo almejado.

Conectam-se também ao princípio ora abordado, regendo sua aplicação, o princípio republicano (artigo 1º., *caput*), o princípio da cidadania (artigo 1º., II) e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º., III). Os direitos e garantias individuais que deles decorrem (artigo 5º.) representam formas para o particular se defender sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão de algum direito por abuso de poder ou ilegalidade praticados por agentes públicos. Os institutos do *habeas corpus* (artigo 5º., LXVIII), *mandado de segurança* (artigo 5º., LXIX), *habeas data* (artigo 5º., LXII), assim como o *direito de petição* (artigo 5º., XXXIV, a), constituem subsídios de proteção do cidadão face ao poder público. (...)

A inobservância ou lesão a princípio é a mais grave das inconstitucionalidades, uma vez que sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há democracia nem Estado de Direito. Portanto, o princípio da proporcionalidade é direito positivo e garantia de respeito aos direitos fundamentais, fluindo do espírito do §2º. do artigo 5º.

Diante do exposto, constata-se que nenhuma lei poderá vigor no país, sem antes prestar completa observância ao princípio constitucional da proporcionalidade, haja vista que o mesmo é a garantia de que os direitos fundamentais do cidadão serão respeitados pelo Estado. Por outro lado, se determinada lei desrespeita tal princípio deverá ser imediatamente expurgada do ordenamento jurídico pátrio, por razões de sua inconstitucionalidade.

Passando agora a analisar a possível inobservância de tal princípio pela Lei Maria da Penha, *a priori* será trazido à baila o seu artigo 10, que traz o seguinte enunciado: "Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis".

Do artigo em epígrafe é possível constatar-se que o mesmo versa entre outras coisas sobre "a prisão em flagrante do agressor" na hipótese do mesmo ter praticado ou estar na iminência de praticar o delito acima aduzido.

Analisando agora as situações legais da possível prisão em flagrante do agressor, elencadas na lei em comento, inicialmente é trazido a lume o *caput* do seu artigo 5º, prescrevendo que a violência doméstica e familiar contra a mulher se configura quando ocorre: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Quanto às formas de sua ocorrência, os incisos I e II do artigo 7º, descrevem as seguintes:

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

Da análise dos dispositivos supracitados, compreende-se que a prisão em flagrante do agressor poderá acontecer quando este faz o uso tanto da violência física quanto da psicológica contra a mulher. A questão polêmica e intrigante desta forma de prisão, diz respeito ao fato da mesma poder ser realizada pelo emprego da violência psicológica, ou seja, a partir de agora basta apenas que a mulher comunique ao Delegado de Polícia que tenha sofrido uma ameaça ou importúnio de um ex-companheiro, namorado, filho, etc, para que esta autoridade possa imediatamente mandar prendê-lo.

O artigo 302 do Código de Processo Penal diz que a prisão em flagrante é admissível nas seguintes hipóteses:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Note-se que as regras elencadas no dispositivo supracitado são bastante esclarecedoras quanto às hipóteses ou situações de flagrante.

Rogério Sanches Cunha et al. (2006, p. 136), explica que flagrante significa:

Flagrante deriva do latim *flagrare* que significa queimar. *Flagrantis* é o brilhante, resplandecente, ou seja, o que é notório, visível, evidente. Está em situação de flagrante delito, portanto aquele que é surpreendido no instante em que comete o crime, em uma circunstância evidente, irrecusável, que traz a certeza visual do crime, e que permite, dada à notoriedade da situação, a prisão imediata do agente.

Diante destas considerações, percebe-se que esta medida coativa tal qual é trazida pela Lei Maria da Penha é ilegal e desproporcional, ou seja, na prática poderão surgir inúmeras situações onde a mulher motivada por razões de vingança, ciúmes, ódio, etc, poderá relatar a autoridade policial fatos inverídicos como, por exemplo, que foi agredida psicologicamente, isto é, ameaçada, chantageada ou insultada por seu ex-marido, companheiro ou irmão, e com isso colaborar injustamente para a prisão em flagrante de muitas pessoas inocentes.

Há quem sustente que mesmo ocorrendo hipóteses desta natureza, não há transtornos ou irregularidade na aplicação da medida supracitada, pois comprovada a má fé da mulher nesta circunstância, isso dará ensejo a sua punição pelos crimes previstos nos artigos 339 e 340 do Código Penal, ou seja, a falsa acusadora seria processada pelos delitos de denúncia caluniosa ou por comunicação falsa de crime ou de contravenção.

Ocorre que na hipótese do sujeito ser preso injustamente, até que consiga provar a sua inocência, já terá se submetido aos mais variados tipos de constrangimentos e humilhações, isto é, poderá ter sofrido agressões na delegacia, ter contraído alguma doença sexualmente transmissível como, por exemplo, a AIDS, ter sido violentado, etc.

Por tudo isto, constata-se que essa espécie de prisão em flagrante trazida pela Lei Maria da Penha é injusta e desnecessária, ademais fere tanto o princípio da presunção de inocência disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal,

quanto o princípio da proporcionalidade pelo fato de desrespeitar esta importante garantia fundamental legalmente assegurada ao homem e ferir totalmente a sua dignidade de pessoa humana.

Outra questão que enseja preocupação é a criação de nova hipótese de fundamento para a decretação da prisão preventiva em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal nos casos de violência doméstica e familiar. Segundo prescreve o artigo 42, inciso IV, da mesma lei, tal prática coativa deve ser aplicada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Analisando tais dispositivos, constata-se que os mesmos, afrontam tanto o princípio da presunção de inocência, por fazerem uma espécie de pré-julgamento do agressor, quanto o princípio da proporcionalidade, em razão da inobservação das regras contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal, que prevêem a aplicação da medida para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Importante salientar, que também existe enorme insegurança no campo doutrinário quanto a sua correta aplicabilidade. Guilherme de Souza Nucci (apud Rogério Sanches Cunha, 2007, p. 80), adverte que é preciso muita cautela para fazer uso deste tipo de coação. Enfim, observa-se que tal forma de prisão expressa imensa desproporção e incerteza quanto a sua aplicabilidade prática, ou seja, além causar prejuízos irreparáveis a pessoa coagida, poderá também servir de eficiente instrumento para justificar a prática de abusos por muitas autoridades, que na hipótese de serem questionadas, ou investigadas certamente utilizarão os dispositivos supracitados como eficiente meio de defesa. Ademais, os pressupostos para a aplicação da medida previstos nos artigos 312 e 313 já se mostravam aptos a solucionar a problemática da prisão preventiva nesse tipo de violência, não se encontrando razoabilidade na formulação de mais uma hipótese especial como a desenvolvida na presente lei.

#### 4.3 Eficácia e Garantismo Penal



No campo penal da política criminal mundial, são intensas as disputas filosóficas, ideológicas e políticas. Nesse contexto tem se destacado o conflito que opõe os "garantistas" as demais correntes adversárias. A questão primordialmente combatida pelo garantismo penal diz respeito à proteção dos direitos individuais, contra as invasões punitivas do Estado, contra o controle exacerbado estatal, e ainda, contra os avanços do direito penal sobre a liberdade individual.

O garantismo impõe severas críticas ao direito penal, principalmente no que se referem as suas teses tradicionalistas, que primam pela subordinação às formas corriqueiras de pensar e agir aos mecanismos de opressão social.

Essa corrente ideológica desenvolvida por Luigi Ferrajoli, busca acima de tudo uma racionalização do Direito Penal e Processual Penal, no sentido de possibilitar à criação de meios adequados de combate a criminalidade, porém sem adentrar ou violar o núcleo dos direitos básicos garantidos aos cidadãos.

A teoria garantista, imbuída de posições críticas vislumbra uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno, que parecem superadas.

A seara da política criminal sempre esteve vinculada tanto ao direito penal quanto a criminologia. Muitos autores como (BARATTA, 1997) defendem a tese de que essas disciplinas deveriam caminhar de maneira integrada, em razão da necessidade de construção de um saber interdisciplinar. Nessa perspectiva, a criminologia seria incumbida de fornecer os dados analíticos da criminalidade (análise do crime/criminoso) aos operadores do sistema penal (polícias, ministério público, juízes, agentes e técnicos penitenciários); enquanto a política criminal teria a missão de transformar as análises e orientações criminológicas em opções e estratégias concretas para o efetivo controle da criminalidade; e por fim, o direito penal encarregar-se-ia de converter tudo isso em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias a todos.

Segundo aduz o artigo 59 do Código Penal brasileiro, o juiz deve aplicar a pena necessária e suficiente para a prevenção e a reprovação de um crime. A sanção penal terá, portanto, duplo caráter: retributivo (como medida da culpabilidade), e preventivo que se subdividem em preventivo geral (como exemplo e intimidação aos outros cidadãos) e preventivo especial (como medida de reabilitação e neutralização do condenado).

O discurso retributivo legitima a pena como forma de castigo aos infratores, através da restrição de direitos e, em especial a privação da liberdade. Contudo, essa retribuição torna-se questionável, tendo em vista que o domínio subjetivo da conduta do apenado é indevassável, e por isso, evidentemente, são inviáveis quaisquer possibilidades de constatação sobre a "realidade" da purgação da culpa.

A corrente de pensamento que legitima a função de prevenção especial da pena é diretamente vinculada aos autores responsáveis pela sua aplicação e execução. Esta linha de raciocínio prima também pela utilidade do sistema penal como meio de proteção social através da recuperação do criminoso, apregoando que esse método reforça a confiança da sociedade nas leis e nas instituições do Estado, e ainda, reafirma a sua legitimidade ao reduzir a criminalidade. Por outro lado, a não punição do delinqüente contribui para a redução da confiança da população na "infallibilidade" do sistema penal, estimulando assim o aumento da criminalidade.

Por fim, a premissa que valida a função da prevenção geral. Argumentando que a sanção e execução penal desestimulariam o indivíduo da prática do crime, em razão da certeza da punição.

Conforme a crítica do garantismo penal, a premissa que legitima a importância das funções preventivas (citadas anteriormente) do sistema de justiça penal vem reforçando o surgimento do "direito penal simbólico", manifestado por políticas de criminalização da pobreza. Em resumo, para a perspectiva garantista, as políticas penais estariam focadas para áreas e setores mais críticos e problemáticos da sociedade, para os quais o Estado não teria interesse em oferecer soluções alternativas, de justiça social, bastando, portanto, soluções penais simbólicas. Esse sistema penal simbólico estaria incutindo na psicologia popular, produzindo efeitos satisfatórios de legitimação do poder político e do direito penal. A legitimação do poder político ocorreria, pela eficiência repressiva, que tenderia a gerar vantagens político-eleitorais.

Ademais, a legitimação do sistema penal, vem se efetivando não somente através de intervenções simbólicas, mas também por intervenções instrumentais. Em outras palavras, a intervenção simbólica ocorre quando os problemas sociais são tratados repressivamente pelo Direito Penal, como meio de resposta satisfatória à opinião pública; e ainda, é instrumental, porque robustece o sistema penal como um sistema desigual de controle social seletivo, dirigido contra favelas e bairros

carentes das periferias urbanas, onde as condições de vidas são deploráveis e a expectativa de vida é mínima.

Para os defensores do garantismo penal, seria esse discurso efficientista, da prevenção geral, o causador originário da redução de garantias constitucionais importantes como: a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência entre outras, relativas ao processo penal, cuja inobservância e supressão vêm ameaçando transformar o Estado Democrático de Direito em Estado policial repressivo.

Sem dúvida alguma, a legislação brasileira sempre foi marcada por simbolismos que paulatinamente tendem a enfraquecer as estruturas do Estado Democrático de Direito, ou seja, inúmeras leis de caráter altamente repressivo tentam através de seus preceitos secundários, bem como dos instrumentos de coerção desenvolvidos impor-se perante todos através do temor. Um exemplo claro disso é a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90).

Pois bem, no que concerne a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher, comprova-se que a mesma coroe e ao mesmo tempo desafia a sociedade que clama dos órgãos estatais respostas cada vez mais enérgicas. Porém, apesar disso, será que essa força deve advir do sistema penal? Essa indagação passa obrigatoriamente pela análise garantista dos instrumentos repressivos trazidos no contexto da Lei nº 11.340/2006.

A lei supracitada reconhece de que há na sociedade um poder simbólico, interiorizado por homens e mulheres desde a infância, que coloca a mulher em postura desvantajosa e fragilizada na relação de gênero, especialmente no âmbito doméstico e familiar, que contribui para a sua vitimização e criação de obstáculos à alteração deste *status*, em razão da dificuldade psicológica de sua denúncia.

A tomada de consciência deste problema justifica a criação de políticas públicas destinadas a superar esta injustiça na relação de gênero, primando assim pela máxima efetividade dos direitos fundamentais da mulher, mediante a construção de uma nova visão de relação social pautada no reconhecimento da idêntica dignidade humana entre homens e mulheres. O Estado Brasileiro assumiu internacionalmente o compromisso de atuar efetivamente na proteção dos direitos fundamentais. O artigo 226, § 8º, da CF/88, estabelece que: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Esta disposição constitucional não é princípio abstrato, meramente programático, mas sim norma

efetiva, que possui efeito vinculante para o ordenamento jurídico infra-constitucional, ou seja, é o ponto de partida hermenêutico para toda a legislação.

A Lei Maria da Penha trouxe uma série de medidas de caráter preventivo e repressivo, no combate a violência doméstica e familiar contra a mulher.

No que diz respeito às medidas cautelares e protetivas de urgência tal lei apresenta inovações impressionantes e louváveis. Entretanto, no que concerne ao âmbito criminal, a Lei 11.340/2006 comete um erro crasso, ao abandonar o sistema consensual de Justiça (previsto na Lei 9.099/1995).

Por exemplo, no seu artigo 16, estabelece o seguinte "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". Em seguida, o art. 17 vaticina ser "vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa."

Tais medidas acima relacionadas talvez sejam as principais causas da possível redução das queixas de violência. É preciso, nos casos particulares, analisar se esta redução ocorre em razão do caráter preventivo da norma penal, ou se advém do receio que as mulheres agora têm de "denunciar" seus cônjuges, companheiros e entes queridos, pois conforme já se enfatizou em linhas pretéritas, o castigo desproporcional e exacerbado do agressor talvez seja um erro maior e mais grave que a própria agressão sofrida.

Explica-se de forma sucinta: há uma forte linha de pensamento que aponta a constatação de que muitas mulheres utilizavam da "denúncia" para advertir seus companheiros ("se me bater dorme na cadeia"), mas com a facilidade da renúncia ao direito de prosseguir com o procedimento criminal, diziam-se arrependidas. Com a sistemática da nova lei, principalmente com a renúncia de a representação só poder ser feita na presença do magistrado, e sem a possibilidade de imposição de certas penas alternativas e medidas despenalizadoras, as mulheres, talvez, estejam preferindo deixar de "denunciar" os casos de violência, para não se privar da presença dos agressores – que muitas vezes promovem o sustento da família.

Neste diapasão, observa-se que a lei em comento depositou sua confiança e ilusória esperança no sistema penal conflitivo clássico (antigo sistema penal

retributivo). Ambos, na verdade, constituem fontes de grandes frustrações, que somente poderão ser eliminadas ou suavizadas com a terceira via dos futuros Juizados, que contarão com equipe multidisciplinar, mas na certa isso levará um longo tempo se concretizar, em razão dos Estados não terem condições de implantar a medida de imediato. De qualquer maneira, parece correto que no sistema consensuado o conflito familiar, deva ser resolvido por meio do diálogo e do entendimento, pelo fato desta ser uma solução mais vantajosa e duradoura; no sistema retributivo clássico esta solução será totalmente impossível.

Outrossim, nos dias atuais, praticamente ninguém acredita no sistema penal clássico (inquérito policial, denúncia, instrução probatória, ampla defesa, contraditório, sentença, recursos etc.) nem muito menos na eficiência da Justiça criminal brasileira.

O sistema penal retributivo clássico é comandado por uma máquina policial e judicial totalmente desconexa (não há entendimento entre os seus agentes), morosa e extremamente complexa. Trata-se de um sistema que além de não escutar as pessoas da maneira adequada, isto é, de não registrar tudo que elas falam no momento do depoimento, as intimidam e inviabilizam o diálogo entre os protagonistas do delito (agressor e vítima), ademais transforma a ofendida em mera espectadora, pois lhe são dadas pouquíssimas chances de participação no processo, e isso acaba contribuindo para a sua dupla vitimização, ou seja, o dito sistema canaliza a força de sua energia exclusivamente para a punição, que se caracteriza pela burocracia e morosidade, discriminação e impessoalização, além de não respeitar (na maioria das vezes) a dignidade das pessoas, proporcionando durante as audiências pressões insuportáveis contra a mulher (vítima de violência doméstica) nas vésperas da audiência criminal etc.

Diante do exposto, observa-se que são vastas as críticas que se opõe aos institutos disciplinadores trazidos pela Lei nº 11.340/2006.

Não se pretende aqui legitimar a impunidade dos opressores, na verdade o que se questiona, é se este tratamento diferenciado dado a todo tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher não estaria cumprindo um papel oposto e incentivando a omissão.

A análise sob o ponto de vista garantista permite ao operador do direito, através de posições pessoais, observar o fenômeno criminológico e dele extrair suas conclusões no que diz respeito à validade e eficácia, em outras palavras, ajuda a

entender se uma produção normativa discutida estaria ou não no caminho certo em relação a uma proteção estatal eficiente, ou se estaria, na esfera de um direito penal meramente simbólico.

Importante trazer à baila a advertência de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 167), que ressalta o seguinte:

Deve a atividade legislativa, desta forma, ser orientada pela racionalidade, uma vez que cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados, de modo que os resultados desta ponderação demonstrem-se coerentes.

Por todo exposto, compreende-se que o propósito legislativo de restabelecimento de uma igualdade material entre homens e mulheres pode ter conduzido a elaboração precipitada e inadequada da Lei Maria da Penha, pois conforme se comprovou ao longo de toda a pesquisa, tal lei infringe uma gama de direitos fundamentais expostos na Constituição Federal. Justamente por esta razão, ela é inconstitucional e deve ser reavaliada nos questionamentos apontados, visando com isso, torná-la mais justa e igualitária perante todos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho abordou-se a problemática do tema violência doméstica e familiar contra a mulher sob a ótica da Lei Maria da Penha.

Esta lei adentrou no ordenamento jurídico pátrio do país com o propósito de prevenir e coibir a prática de tal delito, que desrespeita sexo, idade, religião e grau de escolaridade das vítimas. Constatou-se ainda que a origem deste problema é milenar e está relacionada a fatores culturais, psicológicos, etc., incidindo tal prática em todas as sociedades, principalmente entre as classes humildes, causando dor e angústias em pessoas do mundo inteiro.

No Brasil, especificamente, a violência doméstica e familiar contra a mulher era tratada com menos rigor pelas autoridades, pois classificavam tal crime entre os delitos de pequena relevância. No entanto as intensas manobras sociais provocadas por setores organizados da sociedade e por entidades internacionais inconformadas com a crescente demandam deste tipo de prática no país, contribuíram para que a nação agisse urgentemente e aprovasse medidas que pudessem contornar tal situação. Uma dessas medidas foi a Lei nº 11.340/2006, apelidada de Lei Maria da Penha, que trouxe propostas inovadoras no sentido de erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher em todo o território brasileiro.

Porém, apesar das inovadoras propostas apresentadas em seu bojo, tal lei causou polêmica e desconfiança em grande parte da comunidade jurídica do país, em razão das muitas controvérsias detectadas, que dirimiram dúvidas quanto a sua eficiência e constitucionalidade.

Tais incertezas foram os fatores preponderantes para a feitura deste trabalho, que versou inicialmente sobre o assunto Direito Penal e Abordagem sobre política criminal, destacando os conceitos e fases históricas da matéria. Após, foi perquirida a sua origem e função no Brasil, abordando desde a sua inserção através das ordenações portuguesas Afonsinas e Manuelinas, até o contexto atual.

Em seguida foram discutidas no tópico função da pena, as peculiaridades das teorias absolutas, relativas e mistas, salientando que esta última por seu duplo caráter (preventivo e repressivo), foi aceita pelo Direito Penal brasileiro. No mesmo contexto também foi analisada a questão da ressocialização do delinqüente na prisão, mostrando a inviabilidade de tal medida em virtude de problemas como a

falta de gerenciamento nos presídios, a superlotação, enfim o colapso do sistema prisional do país, dentre outros fatores.

Na seqüência, foi feita uma abordagem sobre política criminal, onde se demonstrou a importância da criminologia para o Direito Penal, assim como do saber criminológico para o operador do direito. Enfatizou-se também, que o Direito Penal brasileiro adota políticas criminais de repressão extremada, apostando na pena como o principal meio inibitório da prática do crime e da reincidência. Comprovando-se na prática, mediante a experiência obtida com a Lei de Crimes hediondos e tantas outras, que tais métodos são dúbios e ineficientes.

No segundo capítulo, estudou-se o assunto Direito Penal e a Violência de Gênero. Na oportunidade foram enfocados os métodos utilizados por tal disciplina para reprimi-la em geral, bem como se apresentou propostas, provando que é possível tratar do problema, sem necessariamente se fazer o excessivo uso da força.

Após, passou-se a abordar as questões relacionadas à violência de gênero, definindo-a como sendo a conduta desleal e agressiva praticada por pessoas do sexo masculino contra outras do sexo feminino, fazendo uma retrospectiva histórica desde a sua origem remota, onde a cultura machista impedia a mulher de exercer plenamente a sua liberdade, até as suas definitivas conquistas no mundo civilizado.

Em seguida, foram trazidas as formas de manifestação do delito, isto é, os meios físicos como socos, chutes, etc., e psicológicos como chantagens, ameaças, entre outros. Perquiriu-se também que tal prática é comum até hoje em várias partes do planeta, principalmente em países do Oriente Médio e do Continente africano.

No mesmo contexto, também foi explanado, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proibiu os Estados de implantarem leis em seus ordenamentos jurídicos, que pudessem causar discriminações ou violações dos direitos individuais da pessoa. O Brasil assim como vários outros países tornou-se signatário de tal pacto, se comprometendo assim não legislar nenhuma lei que seja violadora dos referidos direitos.

Na seqüência, enfatizou-se que nos anos 90, o movimento feminista do país cobrou das autoridades nacionais o fim das hostilidades às mulheres. A resposta foi dada com uma série de medidas como a criação dos Juizados Especiais e de Delegacias especializadas no atendimento a mulher, a adesão aos pactos internacionais como a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de



Violência Contra a Mulher (ONU) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (OEA), enfim várias outras atitudes, que por serem consideradas ineficientes resultaram na criação e inserção da Lei nº 11.340/2006 no ordenamento jurídico do país.

No terceiro capítulo, analisou-se as disposições da Lei nº 11.340/2006, abordando as nuances da sua origem, a homenagem à senhora Maria da Penha, reconhecida nacionalmente como a principal vítima da violência doméstica e familiar, bem como a denúncia formalizada contra o Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em agosto de 1988, apontando o mesmo como o principal responsável pela violação dos direitos humanos da mulher em seu território.

Após, foi estudada a sua finalidade, ou seja, punir e erradicar a violência praticada contra a mulher no território brasileiro, especialmente aquelas ocorridas no espaço doméstico e familiar, ou em relações íntimas de afeto. No mesmo contexto, também foram trazidos sob a sua ótica os conceitos de violência física, psicológica, de gênero, etc., bem como a previsão de importantes medidas protetivas as vítimas tais como: a criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, o direito da mesma de ser afastada do emprego privado por um período de até seis meses sem correr riscos de ser demitida, entre outras.

Na sequência, foram debatidas as medidas de caráter repressivo tais como a prisão em flagrante e preventiva do agressor; o seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; a proibição de aproximar-se da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o mesmo, enfim foi analisada toda a lei e constatou-se que apesar da mesma trazer dispositivos elogiáveis, também traz previsões discriminatórias e excessivamente repressivas, que desvirtualizam e discrimina o homem na sociedade, violando a sua dignidade, valores e direitos sagrados e fundamentados pela própria Constituição Federal.

No quarto capítulo, perquiriu-se sobre a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha. Na oportunidade enfatizou-se a priori que a norma jurídica deve total obediência aos princípios constitucionais, tendo em vista a sua total superioridade em relação às mesmas. Em seguida, analisou-se o princípio constitucional da igualdade expresso no artigo 5º da Carta Magna, que determina tratamento igualitário a todos perante a lei. Tal princípio foi minuciosamente estudado e confrontado com a Lei Maria da Penha, e após isso se observou que tal lei é infiel

aos seus mandamentos, ou seja, atribui à mulher um tratamento diferenciado, que enseja tanto a desigualdade entre homens e mulheres, quanto desrespeito para com esta importante regra mandamental.

Também foi discutido o princípio constitucional da proporcionalidade, cuja existência representa a segurança para os cidadãos de que o Estado não poderá adentrar na esfera dos seus direitos já conquistados e assegurados. O estudo da aludida lei sob a ótica de tal princípio revelou a sua impertinência para com o mesmo, principalmente no que diz respeito à prisão em flagrante do agressor por motivos de violência psicológica, pois na prática a versão apresentada nem sempre é verdadeira, ou seja, a medida é injusta, desproporcional e contrária ao princípio supracitado.

Por último, foram abordadas as teorias da eficácia e do garantismo penal, conhecidas pelas críticas que atribuem ao Direito Penal, pela sua postura repressiva de combate ao crime, batizada então por seus teóricos como Direito Penal simbólico. Segundo estas correntes tais métodos são os causadores originários da diminuição das garantias constitucionais da liberdade, igualdade, etc.

Analisando-se tais nuances sob a égide da lei Maria da Penha, constatou-se que apesar das louváveis inovações trazidas, tal lei também reflete excessos que merecem ser reavaliados. Por estas e demais razões apresentadas compreende-se que a Lei Maria da Penha é inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Lei Maria da Penha e a criminalização do masculino. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1466, 7 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10117>>. Acesso em: 22 mai. 2008.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal. In: **Discursos Seduciosos** n 3. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

BRASIL. *Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 30 mai 2008.

\_\_\_\_\_. *Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7210.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei Maria da Penha – lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=254611>>. Acesso em: 28 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2008.

CAFEZEIRO JÚNIOR, José Luiz Machado. *Política criminal de prevenção do delito*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=278>. Acesso em: 31 mai. 2008.

CALHAU, Lélío Braga. Breves considerações sobre a importância do saber criminológico pelos membros do Ministério Público. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 28 fev.

2006. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/20301](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/20301)>. Acesso em: 11 jan. 2008.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>>. Acesso em: 31 mai. 2008.

COELHO, Edihermes Marques. *As funções do Direito Penal*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 146. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>> Acesso em: 31 dez. 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA OEA. *Relatório n. 54/2001, Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes*. Washington, 2001. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2008.

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

\_\_\_\_\_. et. al. *Processo Penal Prático: Fundamentos teóricos e modelos de peças de acusação e defesa*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

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: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DUARTE, Liza Bastos. *Histórico do Direito Penal*. Disponível em: <<http://professora.liza.spaces.live.com/blog/cns!2E6E79D93F50580F!229.entry>>. Acesso em: 30 mai. 2008.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>>. Acesso em: 30 mai. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. A história da violência nas prisões. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>. Acesso em: 19 abr. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCÃO, Renato. Lei nº 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 651, 20 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6603>>. Acesso em: 31 mai. 2008 .

MARCO, Carla Fernanda de. A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher à luz da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3452>>. Acesso em: 31 mai. 2008.

MARTINS, Fernanda Veloso. *Comentário ao texto "Bem vinda, Maria da Penha!"*. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060809bem\\_maria\\_berenice\\_dias.php](http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060809bem_maria_berenice_dias.php)>. Acesso em 28 mai. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RAMOS, Alciclei da Silva. et. al. Violência praticada contra as mulheres como forma de tratamento desumano e degradante. **Observatório de gênero**, 2005. Disponível em: <<http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/foroVVAA%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2008.

ROESLER, Átila Da Rold. A falácia do combate ao crime organizado . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 318, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5214>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

SANTOS, Cecília MacDowell, IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. **Revista Estudios Interdisciplinários de America Latina y El Caribe**. Israel: Universidade de Tel Aviv, VOL.16 – Nº 1, 2005, PAG.147-164. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2008.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei nº 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 31 mai. 2008.

SILVA, Marcelo Amaral da. Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>>. Acesso em: 31 mai. 2008.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/cafpatriz.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html)>. Acesso em: 28 mai. 2008.