



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS
Curso de Direito

NATÁLIA CAVALCANTI CORRÊA DE OLIVEIRA SERAFIM

**DIREITO PENAL: DIVERGÊNCIA DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA
PERANTE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

Brasília

2012

NATÁLIA CAVALCANTI CORRÊA DE OLIVEIRA SERAFIM

**DIVERGÊNCIA DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PERANTE O
PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB)
como requisito para conclusão de
curso.

Orientadora: Professora Doutora Maria
Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Brasília

2012

NATÁLIA CAVALCANTI CORRÊA DE OLIVEIRA SERAFIM

**DIVERGÊNCIA DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PERANTE O
PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

Banca Examinadora

Prof. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Orientadora

Prof. Luiz Eduardo de Abreu Lacerda

Prof. Sérgio Vitor

BRASÍLIA

2012

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus, a meus pais que custearam meus estudos e apoiaram minhas decisões, a minha orientadora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e a minha querida professora Célia Cristina dos Santos Silva pela imensa ajuda e apoio no estudo desta pesquisa.

RESUMO

Esta monografia estuda a Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006, que prevê a proteção da mulher diante da violência doméstica e familiar, com fulcro nas normas previstas nos diplomas legais: Constituição Federal, Código Penal Brasileiro, Código de Processo Penal, Código Civil, leis específicas e a própria lei em apreço. São analisadas no trabalho as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais no tocante a validade da lei frente aos Princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além da decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da Lei.

PALAVRA- CHAVE: Direito Constitucional. Princípios Constitucionais da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana. Violência. Direito Penal. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Aspectos constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A LEI MARIA DA PENHA - LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006	8
1.1 A criação da Lei Maria da Penha e sua aplicação	8
1. 2. Formas de violência doméstica que demandam as ações da Lei Maria da Penha	12
1.2.1 <i>Conceito de Violência doméstica e familiar</i>	13
1.2.2 <i>Violência Física</i>	15
1.2.3 <i>Violência Psicológica</i>	16
1.2.4 <i>Violência Sexual</i>	17
1.2.5 <i>Violência Patrimonial</i>	18
1.2.6 <i>Violência Moral</i>	19
1.3 Alterações trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei nº 11.340/2006	19
1.4 A Decisão do Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2012	24
2. APLICABILIDADE DA LEI E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA	27
2.1. O Princípio da Isonomia	27
2.1.1. <i>A violência doméstica e seus sujeitos ativo e passivo</i>	29
2.2. <i>A aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 à unidade familiar</i>	31
2.3. As lacunas legais da Lei Maria da Penha	34
2.3.1 <i>Aos homossexuais</i>	34
2.3.2 <i>A mulher militar</i>	39
2.4 Aplicação a lei Maria da Penha por analogia.....	42
3. DAS IMPLICAÇÕES LEGAIS E CONSTITUINTES DA LEI 11.340/2006	51
3.1. Constitucionalidade da Lei frente ao Princípio da Isonomia.....	52

3.1.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF	58
3.2. Inconstitucionalidade da Lei frente ao Princípio da Isonomia	62
3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424	64
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

Este trabalho compõe-se de um estudo crítico das condições oferecidas pelo ordenamento jurídico, tendo como principal base de pesquisa o sistema penal e processual penal, a Constituição Federal e a Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006.

O projeto de pesquisa inicia-se com a origem da Lei, sua necessidade, aplicação e entrada em vigor. Em seguida conceituam-se os tipos de violências ocorrentes no seio familiar, que justificaram a criação da norma específica.

A partir da análise sistemático de doutrinas e de jurisprudências acerca do tema tratado serão apresentados os institutos fundamentais para o presente estudo descrevendo as correntes defensoras da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, assim como as que pugnam pela sua inaplicabilidade.

Será dado ênfase a decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada na data de 17 de fevereiro de 2012. Apresenta-se as razões da decisão e as medidas tomadas após a mudança, bem como explicações no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424 interpostas na Corte Suprema.

Explicita-se, por meio de estudo doutrinário, os Princípios da Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana, sua aplicabilidade e a defesa prevista na Constituição em seu art. 226, §8º, aos entes familiares. O objetivo é demonstrar que a lei em questão após a decisão do STF está em consonância com a Constituição Federal e seus Princípios fundamentais.

Por fim, demonstrar-se-á a possibilidade ou não de aplicação da Lei Maria da Penha aos homossexuais, militares e sujeitos do sexo masculino. Ademias, a partir desse conjunto, que engloba o estudo doutrinário, jurisprudencial e legal buscar-se-á refletir sobre as hipóteses levantadas na presente pesquisa.

1 A LEI MARIA DA PENHA - LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006

1.1 A criação da Lei Maria da Penha e sua aplicação

Durante séculos as mulheres de todo o mundo vêm buscando a igualdade entre gêneros. Entretanto, para obter tal igualdade foram necessários muitos anos de lutas, revoltas, violências, até que tal direito fosse alcançado.

O primeiro lugar onde o sexo feminino obteve êxito em sua batalha foi na I Assembléia Geral da ONU, realizada em 1945, em São Francisco (EUA), na qual o Conselho Econômico e Social estabeleceu uma Subcomissão para tratar da Condição da Mulher e em 1946 essa Subcomissão votou a criação de uma Comissão exclusiva sobre a condição da mulher. Por conseguinte, no ano de 1954, a Assembléia Geral da ONU reconheceu que as mulheres eram sujeitos sofrendores de costumes e práticas violentas, por seus companheiros, convocando a todos os governos a impedir tais ações.

No ano de 1963, a Assembléia Geral assinalou a contínua discriminação contra a mulher e convocou os países-membros a elaborar um documento inicial para Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. No tocante a reunião ocorrida na Cidade do México, em 1975, essa contou com a presença de 8 mil mulheres representantes de 113 países e de organizações não-governamentais, tendo como debate três temas centrais: igualdade entre os sexos, integração da mulher no desenvolvimento e promoção da paz.

Foi um acontecimento inédito na luta pelos direitos da mulher. Consolidou novas organizações como o Centro da Tribuna Internacional da Mulher e o Instituto Internacional de Fundo Voluntário para a Mulher das Nações Unidas. Por fim, tem-se a entrada em vigor da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Assim conseguiram, aos poucos, as mulheres igualar seus direitos com os do sexo masculino, ora tratado como mais forte.

No mundo ocidental, com o passar dos séculos, a mulher começou seu combate para se libertar da submissão. No decorrer da história, verifica-se sua participação nas diversas lutas, com o objetivo de garantir o reconhecimento a sua identidade. A mulher brasileira sempre atuou pela conquista da igualdade com o homem, por vezes, no anonimato e outras vezes, participando de passeatas e fundando movimentos.

Só muito recentemente, no final do século XX, é que as mulheres passaram a condição de cidadãs. Assim como os escravos, as mulheres não tinham direitos, eram equiparadas a coisas, e pertenciam como propriedade de seus pais ou marido. Diversos autores e filósofos como Rousseau e Maquiavel negavam cidadania ao sexo feminino, legitimando, assim, a violência contra a mulher.

Uma passagem importante da história política da mulher brasileira é a luta pelo voto feminino, direito este somente conquistado em 24/02/1932. Outro fato, o movimento das mulheres contra o Código Civil de 1917, no qual a mulher casada era considerada incapaz do ponto de vista civil, só modificado em 1962, com a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, por meio da aprovação do Estatuto Civil da Mulher, que equiparou os direitos dos cônjuges, A seguir adveio a Lei do Divórcio, em 1977, e por fim a Constituição de 1988, que pos fim com a hierarquia jurídica que colocava o homem como ente superior à mulher.

Levando-se em consideração a lenta e penosa evolução das leis, no que diz respeito à mulher, foram muitas as conquistas. Entretanto, apesar das vitórias, ainda são grandes as dificuldades enfrentadas por elas em nosso país.

Transcorreram os anos e as conquistas continuaram aumentando de forma progressiva. Porém, no Brasil, essa luta somente se consolidou devido à continuas agressões sofridas por uma mulher específica, que com muita coragem enfrentou o machismo de seu marido e o denunciou as autoridades.

Maria da Penha Maia, natural de Fortaleza, primogênita de José da Penha Fernandes e de Maria Lery Maia Fernandes, formada pela primeira turma de farmacêuticas - bioquímicos da Faculdade de Farmácia e Bioquímica da Universidade

Federal do Ceará e Mestre em Ciências Farmacêuticas pela Universidade de São Paulo, sofreu uma grande tragédia pessoal que veio sensibilizar inúmeras pessoas de grande importância, além de organismos internacionais. Em consequência, provocou o Estado brasileiro a agir combate à violência doméstica contra a mulher.

Conhecida internacionalmente a Sra. Maria da Penha foi a protagonista do caso nº 12.051/OEA que deu origem a lei. Espancada de forma brutal e violenta pelo marido durante seis anos de casamento, sofreu tentativas de homicídio, por duas vezes, sendo a primeira com arma de fogo, que a deixou paraplégica, e a segunda, por eletrocussão e afogamento, tendo iniciado a batalha contra a violência doméstica.

Em 28 de setembro de 1984, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o agressor, perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza, tendo este sido pronunciado em 31 de outubro de 1986 e levado a júri em 4 de maio de 1991, quando foi condenado a oito anos de reclusão.

Porém, o réu recorreu em liberdade e foi submetido a novo julgamento em 15 de março de 1996, ocasião em que foi condenado a pena de dez anos e seis meses de detenção em face da anulação do seu primeiro julgamento devido a falhas na elaboração dos quesitos. O réu novamente recorreu em liberdade, sendo punido somente depois de 19 anos de julgamento, ficando apenas dois anos em regime fechado, para revolta da e indignação com a decisão do Poder Judiciário.

Em decorrência da sentença proferida, o Centro de Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, órgão internacional responsável pelo arquivamento de comunicações decorrentes de violação de Acordos Internacionais, na qual se posicionou em relação ao caso brasileiro.

A referida denúncia resultou no relatório nº 54/2001, que concluiu pela omissão do Brasil em relação à violência doméstica contra a mulher, isto é, na violação dos deveres assumidos em face da ratificação da Convenção sobre a Eliminação de

Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e da Convenção

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará).

A CEDAW vigorava desde 3 de setembro de 1981, porém só foi ratificada no Brasil no ano de 1984, com objetivo de manter a igualdade entre os sexos, evitando a ocorrência de discriminação contra a mulher em qualquer ambiente habitado por ela, seja público ou privado, preservando os princípios da igualdade de direitos e da própria dignidade humana.

Desse modo, impõe a CEDAW que todos os Estados Partes signatários, o que inclui o Brasil, impeçam a ocorrência de práticas discriminatórias no âmbito público e promovam a igualdade substancial entre os gêneros também na esfera privada, de forma que a discriminação das mulheres seja eliminada progressivamente, pois o desenvolvimento pleno e completo de um país depende da participação máxima de todos sem distinção os sexos, em igualdade de condições em todas as áreas.

De outro modo, a Convenção Belém do Pará adotada no dia 9 de junho de 1994, tem por objetivo eliminar a violência sofrida pelas mulheres da América, uma vez que a prática dessa violência constitui violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, assim como constitui ofensa à dignidade humana.

Esses Tratados, além de obrigarem o Brasil no âmbito internacional, geram obrigações no âmbito nacional sob a ótica do direito, todavia o Brasil não estava cumprindo as obrigações previstas nos referidos Acordos.

Em decorrência, a OEA condenou o Brasil, em 2001, a indenizar Maria da Penha no valor de 20 mil dólares, além de ter responsabilizado o Estado Brasileiro por negligência e omissão no que se refere à problemática da violência contra a mulher.

Após os acontecimentos e ainda descontentes com a situação, um consórcio de ONGs - ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CFEMEA, CLADEM/IPÊ e THEMIS – formularam uma proposta para o texto legal da Lei 11.340/2006. Discutida e

reformulada por um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a proposta foi enviada pelo Governo Federal ao Congresso Nacional, onde deveria ser apreciada.

Devido à formulação do projeto de lei foram realizadas audiências públicas em assembléias legislativas das cinco regiões do País, ao longo de 2005, contando com intensa participação de entidades da sociedade civil, além do consórcio de ONGs e o Executivo Federal.

Ao final, na data de 7 de agosto de 2006 o ex-presidente do Brasil Luiz Inácio Lula da Silva após aprovação do Congresso Nacional, denominada Lei Maria da Penha, a Lei nº11.340/2006. Em vigor no dia 22 de setembro de 2006 promoveu diversas mudanças no tocante ao rigor das punições provenientes de agressões contra a mulher quando estas ocorrem no âmbito doméstico ou familiar, dando finalmente, cumprimento, às Convenções internacionais.

Dessa forma, passou-se a punir com mais austeridade os atos de violência contra a mulher, buscando sempre a proteção do gênero feminino.

1. 2. Formas de violência doméstica que demandam as ações da Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006, em seu art. 7º, prevê cinco classificações de violência, que merecem o devido esclarecimento. Sendo a violência física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral, as mais utilizadas como forma de tortura contra as mulheres.

Acrescenta Maria Berenice Dias¹, que esse rol não é taxativo, ou seja,

¹ 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** – 1ª Edição, 2007, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

não é *numerus clausus* devido a expressão “entre outras” contida no caput do presente artigo, podendo haver o reconhecimento de outras formas de violência familiar.

Afirma ainda que as formas de violência previstas nesse artigo evidenciam a inexistência de um conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor, pois da simples leitura das hipóteses previstas extrai-se que nem todas as ações que caracterizam a violência doméstica configuram delitos, sobretudo porque a violência doméstica só resta configurada no âmbito da unidade familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

Desse modo, subtede-se que as formas de violência familiar, explicitadas a seguir, são as mais evidentes na sociedade, não podendo excluir a possibilidade de outros tipos de agressões na unidade doméstica.

1.2.1 Conceito de Violência doméstica e familiar

Em pesquisas realizadas sobre a violência familiar verifica-se que entre as formas mais comuns estão a agressão física mais branda, sob a forma de tapas e empurrões, sofrida por 20% das mulheres; a violência psíquica de xingamentos, com ofensa à conduta moral da mulher, vivida por 18%, e a ameaça por meio de coisas quebradas, roupas rasgadas, objetos atirados e outras formas indiretas de agressão, vivida por 15%.

É de extrema importância o correto entendimento do conceito de violência familiar e doméstica assim previsto nos artigos 5º e 7º, da Lei Maria da Penha, que entende a agressão contra a mulher como sendo toda espécie de ação ou omissão, independentemente da habitualidade, ocorrente em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva, e que baseada na condição hipossuficiente da mulher, venha causar a morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, moral e/ou patrimonial, violando assim os direitos humanos.

Guilherme de Sousa Nucci² entende que “a violência familiar é a ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Esclarece-se, ainda, que para caracterizar a violência como sendo doméstica, não é imprescindível que o agressor coabite com a vítima ou que a agressão ocorra na unidade doméstica ou familiar, assim sendo desnecessário que a mulher e seu ofensor vivam sob o mesmo teto, bastando para a qualificação da violência que os dois mantenham ou já tenham mantido um vínculo de natureza familiar.

Andrea Alustau³ defende esse ponto de vista, pois assevera que a unidade doméstica é o espaço de convívio de pessoas, com ou sem vínculo familiar ou afetivo, seja em caráter permanente ou esporádico, estando, desse modo, inclusive a empregada doméstica também sujeita à violência doméstica, mesmo quando não more no emprego, haja vista bastar o reconhecimento como membro da família.

Porém, Guilherme Nucci⁴, em outra visão, afirmando ser a relação íntima de afeto o relacionamento estreito entre duas pessoas, que pode estar alicerçado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação, sendo necessária a coabitação, entre agressor e ofendida. Dessa forma, defende a inaplicabilidade do inciso III do art. 5º da Lei, visto que o § 1º do art. 2º da Convenção Belém do Pará exige a existência de coabitação atual ou pretérita, para que a violência doméstica seja configurada, nos seguintes termos:

“Art. 2º, § 1º – Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica: que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³ ALUSTAU, Andrea Bezerra Pequeno de. **Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.apmp.org.br/index.php/artigos/301>>. Acesso em 22 maio 2009.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

e que compreende, entre outros estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual.”

Diante da discussão, a norma maior decide pela aplicação do inciso III do art. 5º da Lei, devendo esse ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez, que na existência de conflitos entre normas internas e normas internacionais, deve-se predominar a que confira maior proteção, que é o caso da Lei nº 11.340/2006, devendo ser inexigível a coabitação entre agressor e ofendida para a configuração da relação íntima de afeto.

Por outro lado, classifica-se a família como sendo a comunidade de pessoas ligadas por vínculos parentais, que podem ser naturais, afins ou por mera declaração de vontade, assim abrangendo as relações homoafetivas.

Rogério Cunha⁵ sustenta que esta Lei ampliou o conceito de família, de modo que as uniões homoafetivas também constituem unidade familiar, pois o parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha prevê que a violência doméstica, para fins de sua incidência, abrange aquela praticada no seio de um relacionamento amoroso seja ele homossexual ou não.

Desse modo, tem-se que a violência doméstica, familiar e intrafamiliar, em um entendimento geral, é conceituada de forma ampla, atendendo a necessidade de proteção especial da família como um todo, independente de idade, raça, etnia ou sexo.

1.2.2 Violência Física

Presente no inciso I do art 7º da Lei, a violência física é a mais ocorrente. Classificada como qualquer conduta ofensiva da integridade ou da saúde

⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

corporal da vítima, logo é o uso da força bruta, seja ela, por meio tapas, socos, chutes, empurrões, queimaduras, eletrochoques entre outras, bem como por meio da omissão que apesar de não ser a violência física propriamente dita, pode vir a causar, todo tipo de violência inclusive levando a morte.

Essa conduta agressiva leva a observação de uma importante diferença entre a ofensa à integridade física e a ofensa à integridade corporal da vítima. Tendo em vista que a primeira é aquela praticada por meio de ação ou omissão, entretanto que produz lesões e ferimentos físicos na vítima, a segunda está relacionada ao cuidado da saúde plena da mulher, logo é a omissão ou ação praticada pelo agressor que pode decorrer no prejuízo da saúde da mulher.

Portanto, como determina o legislador, independente da conduta do agente agressor ser dolosa ou culposa, a violência física é classificada como uma lesão corporal praticada contra mulheres dentro do seio familiar.

1.2.3 Violência Psicológica

Está previsto no inciso II do art 7º da Lei nº 11.340/2006 a conceituação da violência psicológica como sendo conduta comissiva ou omissiva que cause dano ao equilíbrio emocional e psicológico da ofendida, de forma que sua autoestima e capacidade de autodeterminação enfraqueçam, ou seja, extintas.

Não pertencendo à legislação pátria, essa espécie de violência foi incorporada ao conceito de violência contra a mulher na Convenção Belém do Pará.

Os comportamentos geradores desse tipo de violência são dos mais variados, no entanto os mais comuns são a ameaça, a humilhação ou a discriminação, objetivando a inferiorização da vítima, configurando uma patologia causadora de danos gravíssimos à mulher ofendida.

Resta demonstrado em diversas pesquisas que a violência psicológica

seria a mais fácil de ser comprovada, pois não se faz necessário à realização de perícias, apenas basta o reconhecimento de sua ocorrência. Entretanto apesar dessa facilidade, essa vem sendo a menos denunciada e a mais utilizada pelo agressor.

1.2.4 Violência Sexual

A violência sexual segundo Cunha e Pinto⁶, estaria conceituada no inciso III do art. 7º da Lei, devendo ser inferida nos seguintes termos:

“entende por violência sexual qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar de 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”.

Andrea de Alustau⁷, acrescenta que essa Lei assegura o direito da mulher de dizer sim ou não a qualquer relação sexual dentro do, o que afasta, por completo, o antiquado “direito do homem” de consumir o ato sexual no momento em que quiser independentemente da vontade da mulher.

Por fim, destaca Maria Berenice Dias⁸ que esse tipo de violência doméstica foi acrescentada pela Convenção Belém do Pará, embora a doutrina e a jurisprudência tenham resistido em admitir a possibilidade da sua ocorrência nos

⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷ ALUSTAU, Andrea Bezerra Pequeno de. **Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.apmp.org.br/index.php/artigos/301>>. Acesso em 22 maio 2009.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

vínculos familiares, em face de entenderem que a sexualidade é um dos deveres do casamento.

1.2.5 Violência Patrimonial

O conceito de violência patrimonial está previsto no inciso IV do art 7º da Lei entendido como qualquer conduta que configure retenção, subtração parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores, direitos ou recursos econômicos.

Afirma Alustau⁹ que a retenção pode ser compreendida como a apropriação, a sonegação de bens e valores de ordem econômica e emocional da mulher vitimada. A subtração é a retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima. Destruição parcial ou total está intimamente voltada à prática de danos a bens e valores da mulher vitimada.

Já segundo Cunha e Pinto¹⁰, essa forma de violência raramente se apresenta separadamente das demais, uma vez que quase sempre é utilizada como meio para agredir, física ou psicologicamente, a vítima.

Por outro lado, Maria Berenice Dias¹¹ assegura que, em face da nova definição de violência doméstica, as imunidades absolutas ou relativas dos arts, 181 e 182 do Código Penal não são mais aplicadas quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, visto não haver justificativa para que a pena do infrator seja afastada quando o crime for praticado contra sua cônjuge ou

⁹ ALUSTAU, Andrea Bezerra Pequeno de. **Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.apmp.org.br/index.php/artigos/301>>. Acesso em 22 maio 2009.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

companheira, ou ainda, algum parente do sexo feminino.

A doutrinadora ainda acrescenta que os delitos de furto e de apropriação indébita não devem desaparecer quando perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, pelo contrário, além de constituírem crimes, há o agravamento da pena, nos termos do art. 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal Brasileiro.

Assim, no que tange a violência patrimonial, o texto legal, visou proteger os bens econômicos da mulher vítima de violência doméstica.

1.2.6 Violência Moral

Já no tocante a violência moral elencada no inciso V do art. 7º da Lei deve-se entender como qualquer intenção do agressor em praticar crimes que atinjam a honra de sua companheira.

Ademais sustenta Berenice Dias¹² que essa espécie de violência encontra-se protegida legalmente nos delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria, os quais também devem ser reconhecidos como violência doméstica quando praticados contra a mulher no âmbito familiar, impondo, assim, o agravamento da pena, assim previsto no Código Penal, art 61, inciso II, alínea “f”.

Busca, portanto ao prever a violência moral no texto legal a proteção da honra das mulheres.

1.3 Alterações trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei nº 11.340/2006

¹² DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A Lei apreciada compõe regras penais e extrapenais, recorrendo ao sempre seu objetivo principal de defesa da mulher e da família. Busca aplicar medidas despenalizadoras, reduzir a morosidade judicial e diminuir a impunidade, sendo assim qualificada como a primeira Lei do ordenamento jurídico brasileiro que visa o combate do problema de violência contra o sexo frágil (feminino), entretanto obtendo seus resultados não somente pelo lado repressivo da medida, como também pelo educativo, preventivo e assistencial.

No mais, apesar da dificuldade na apreciação dos dados absolutos sobre a temática, os índices de violência doméstica e familiar no Brasil são impressionantes, isso porque muitos casos não chegam ao conhecimento da sociedade e do Estado, em virtude de as mulheres suportarem longos anos de agressões e humilhações na expectativa de melhora em sua situação familiar, ou até mesmo por vergonha, ou dependência do agressor.

Segundo análise do ciclo de violência contra a mulher realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), 30% das mulheres foram forçadas nas primeiras experiências sexuais; 52% são alvo de assédio sexual; 69% já foram agredidas ou violadas. Isso tudo, sem contar o número de homicídios praticados pelo marido ou companheiro sob a alegação de legítima defesa da honra. Ainda que tais dados sejam surpreendentes, é preciso atentar que esses números não retratam a realidade, pois a violência é subnotificada, somente 10% das agressões sofridas por mulheres são levadas ao conhecimento da polícia, explicação surgida devido à dificuldade das mulheres em denunciar alguém que reside sob o mesmo teto, pessoa com quem tem vínculo afetivo e filhos em comum e que, na maioria das vezes, é o responsável pela subsistência da família.

Pode-se constatar ainda pelo Relatório Nacional Brasileiro, que a cada 15 segundos uma mulher é agredida, ou seja, a cada 24 horas, 5.760 mulheres são espancadas no Brasil.

Destaca a doutrinadora Maria Berenice Dias¹³ dados como: a porcentagem de 25% das mulheres serem vítimas de violência doméstica, 33% da população feminina admitir já ter sofrido algum tipo de violência familiar, 70% das ocorrências de violência doméstica contra a mulher, o agressor é o marido ou companheiro, 50% dos homicídios de mulheres serem os responsáveis os maridos, sendo 80% dos casos, o assassino alegar a defesa da honra, 1,9% do PIB brasileiro é consumido no tratamento de vítimas da violência doméstica, 80% das mulheres residem nas capitais e 63% das que residem no interior reagem às agressões que sofrem, 11% das mulheres foram vítimas de violência durante a gravidez e 38% delas receberam socos e pontapés na barriga. Sendo, por fim, registradas por ano 300 mil denúncias de violência doméstica.

Ao final, tem-se uma pesquisa realizada em 2001, pela Fundação Perseu Abramo, a qual estima a ocorrência de mais de dois milhões de casos de violência doméstica e familiar por ano. O estudo apontou ainda que cerca de uma em cada cinco brasileiras declara espontaneamente ter sofrido algum tipo de violência por parte de algum homem.

Assim, diante das estatísticas apontadas, Stela Cavalcanti¹⁴ sustenta que a mulher se encontra em situação de hipossuficiência e necessita da Lei nº 11.340/2006 a seu favor, pois a violência doméstica é de interesse de toda a coletividade.

Vale ressaltar que dentre as mudanças favoráveis esta o aumento significativo do número de denúncias.

Carrega como mudanças mais importantes: a majoração da pena fixada no art 129, § 9º do Código Penal, que com a aplicação da lei, teve seu quantum modificado, antes previsto como “detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano”, e depois

¹³ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁴ CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. **A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em 09 ago. 2009.

passando para “detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos”.

A impossibilidade da renúncia da representação da vítima, apenas admitida perante o juiz em audiência especialmente designada para esta finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público, antes não se podia instaurar sequer inquérito policial e não se oferecia a denúncia na audiência preliminar quando se tratasse de ação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais. Agora deverá a autoridade policial, dentre outras providências, escutar a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada.

A Lei também traz uma série de medidas para proteger a mulher agredida, ou que esteja em situação de agressão ou cuja vida encontra-se ameaçada. Entre elas, a saída do agressor de casa, a proteção dos filhos e o direito de a mulher reaver seus bens e cancelar procurações feitas em nome do agressor. Mais, a violência psicológica passa a ser caracterizada também como violência doméstica. A mulher poderá também ficar seis meses afastada do trabalho sem perder o emprego se for constatada a necessidade de manutenção de sua integridade física ou psicológica.

Ainda em relação às medidas de precaução, todas as mulheres vítimas da violência doméstica serão notificadas dos atos processuais que as envolvam, inclusive quanto às datas de ingresso e saída da prisão do agressor. Ademais, terão direito ao acompanhamento de um advogado ou defensor durante todo o processo.

A respeito da proibição das penas alternativas, a Lei prescreve que é vedada sua aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, assim penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. O parágrafo único ao art 152 da lei nº. 7.210/ 1984, Lei de Execuções Penal, permite ao juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

De igual forma não estava prevista antes da Lei nº 11.340/2006, a possibilidade de prisão preventiva para crimes de violência doméstica assim com sua aplicabilidade, pelo seu art 20, sempre que houvesse risco à integridade física ou psicológica da mulher, situação em que a prisão do agressor poderá ser decretada,

bem como o juiz poderá revogá-la a qualquer momento no curso do processo.

Ademais quando a violência familiar for cometida contra mulher sofredora de deficiência, independente da gravidade, a pena será aumentada em 1/3.

Por fim, para melhor apreciação dos casos são criados Juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, que terão competências cíveis e criminais abrangendo todas as questões, uma vez que o juizado atual, apenas detinha competência criminal, desse modo afastando as questões de família, que deveriam ser remetidas a Vara Especializada.

Ressalta-se que com a criação de Juizados, as investigações serão mais detalhadas, acrescentando-se ao processo os depoimentos de testemunhas.

Como análise da norma em questão, depreendem-se, ainda, dois aspectos principais: o objetivo, o qual a Lei busca evitar casos de agressão no âmbito doméstico, familiar ou intrafamiliar, e o subjetivo, o qual se preocupa com a segurança específica da mulher, impedindo a ocorrência de atos de violência praticados pelo homem contra a companheira, onde exista uma relação marital ou de afetividade, ou ainda por qualquer pessoa com quem ela conviva no âmbito familiar, quais sejam: o pai, o irmão, o cunhado.

É importante destacar que o texto legal busca impedir todo tipo de violência contra a mulher, inclusive aquela cujo agressor seja pessoa com quem mantenha ou já tenha mantido relação de intimidade, pois não é necessário que a agressão doméstica ocorra no espaço de convivência. Assim, somente não serão regidas pelo texto da Lei, as pessoas que não possuam vínculo familiar, doméstico e de afetividade, exceto quando esteja presente o concurso de pessoas, sendo uma delas enquadrada nas especificações acima.

Stela Cavalcanti¹⁵ afirma que a necessidade da proteção específica para a mulher ampara-se principalmente em três justificativas. A primeira é aquela em

¹⁵ CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. **A Constitucionalidade da Lei Maria da Pena**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em 09 ago. 2009.

que o Estado deve buscar uma isonomia material, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades, de forma não abusiva, já no tocante a segunda justificativa defende a idéia de que as mulheres são partes de um grupo especial, do mesmo modo que as crianças e os idosos, e por fim a defesa de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil apontam a necessidade de respeito.

Assim, para a doutrinadora, há a necessidade de atuação do Estado na implementação de políticas públicas na busca de maior proteção às vítimas de violência doméstica, seja na criação da lei, bem como em sua aplicação.

Porém, é de suma importância o destaque de que a Lei em seu texto não apresenta um rol taxativo quanto à sua abrangência. Desse modo, ratifica o art 2º da Lei Maria da Penha que afirma a necessidade de aplicação dos direitos humanos proclamados na Carta Magna, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião.

Por fim, embora a Lei defenda apenas a proteção da mulher vitimada, é passível o entendimento, assim discutido no capítulo dois desse trabalho, de que o homem ao sofrer agressões dentro das condições estipuladas pela norma possa vir a ser abrangido pela Lei em foco.

1.4 A Decisão do Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2012

Ao criar a Lei nº 11.340/2006 o legislador define, que para a propositura da ação penal pelo Ministério Público, faz-se necessária a representação da vítima de violência doméstica nos casos de lesões corporais leves, pois se trata de uma ação pública condicionada.

Defendeu-se que o por parte da ação como incondicionada resultaria na perda da mulher ofendida de seu direito e o anseio de livremente se relacionar com quem quer que seja escolhido como companheiro, o que significaria negar-lhe o direito

à liberdade de se relacionar, direito de que é titular, para tratá-la como se fosse submetida à vontade dos agentes do Estado.

Aponta, a doutrina, que não há como prosseguir numa ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com a definição de alimentos, partilha de bens, guarda e visitas. Assim, a possibilidade de trancamento de inquérito policial em muito facilitaria a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito de Família, mais relevantes do que a imposição de pena criminal ao agressor.

Nesse contexto, defende-se a não exigência de representação como condição da ação penal, deixando ao encargo da vítima a continuação do processo penal.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão data da Maria da Penha de 17 de fevereiro de 2012, pela constitucionalidade da Lei, julgando a ADC 19-3 e a ADI 4424, o qual será explanado com mais intensidade no capítulo 3.

Como alteração mais significativa a Lei Maria da Penha tornou-se a ação penal pública incondicionada. Logo, não sendo mais condicionada à representação da vítima, impedindo que ela declare o seu desejo de processar o agressor.

O delito sujeito a acionamento penal público incondicionado é aquele que não necessita que a vítima impulsione a sua investigação ou o ajuizamento da ação penal, que poderá ser promovido pelo Ministério Público. Na ação penal pública condicionada, a ação criminal só é ajuizada com o consentimento expresso da vítima.

Embora as alterações se dirijam apenas às lesões corporais, não se aplicando aos casos de ameaça, calúnia e injúria, demonstra-se uma evolução legislativa, no sentido de retirar da mente do agressor, quando condenado, o entendimento equivocado, de que a sua punição é culpa exclusiva da mulher que o representou e não da sua prática agressiva contra ela.

Assim, por maioria, os ministros da Corte Suprema decidiram que o

Ministério Público pode ingressar com a ação penal, em casos de violência doméstica, mesmo que a mulher decida voltar atrás na acusação contra seu companheiro. A instituição requeria que, nos trechos em que a Lei Maria da Penha condiciona a denúncia por agressões leves à vontade da vítima, o Supremo Tribunal Federal desse a interpretação para que o Ministério Público passasse a ter a prerrogativa de atuar. A idéia principal é de o Estado proteger a vítima quando ela se mostrar incapaz de fazê-lo.

O Ministro Relator Marco Aurélio de Mello defendeu a necessidade de proteção integral das mulheres, impedindo que as mesmas retirassem a queixa ou deixassem de denunciar. O Ministro Luiz Fux afirmou que a alteração intimidaria os agressores, já que, agora, terão conhecimento de que a ação judicial continuará independentemente da vontade da mulher. Os demais Ministros seguiram a posição do relator.

O único voto contrário foi o do presidente da Casa, Ministro Cezar Peluso, que entendeu a alteração como um retrocesso à proteção da mulher. Afinal no entendimento do Ministro muitas mulheres somente levam os casos de agressão ao conhecimento da polícia porque sabem que poderão voltar atrás mais à frente.

Apesar de ter votado a favor da maioria, o Ministro Gilmar Mendes fez ressalva no mesmo sentido de Peluso. "As consequências vêm depois. Aí, podemos nos deparar com essa forma. Querendo fazer o bem, acabamos fazendo o mal. Mas não disponho de dados para seguir na outra alternativa desenhada". Assim, refere-se à possível redução no número de denúncias se a ação na Justiça deixar de ser prerrogativa da vítima.

Outro ponto considerável trazido pelas alterações impostas na Lei alude ao fato de acabar com as interrupções feitas nas investigações policiais, pois de nada adiantavam todos os esforços despendidos para apuração do delito e da autoria se posteriormente, não houvesse a representação da vítima para o início da ação penal.

Essa alteração visa à aplicação da Lei à companheira, que conivente com a prática de violência contra filhos e enteados se mantém calada diante de tal fato,

acabando como cúmplice de seu cônjuge.

Considera-se, portanto, para a maioria da doutrina, uma grande vitória a aplicação dessas reformas, pois transferem ao Estado o dever de cuidado de pessoas em situação de medo, que, em sua maioria, não denunciam o agressor.

2. APLICABILIDADE DA LEI E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

2.1. O Princípio da Isonomia

A Carta Magna estabelece em seu art. 226, §8º que é dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando então mecanismos para impedir a violência no âmbito de suas relações.

Porém, retira-se da Lei Maria da Penha, em seu artigo 1º, que o objetivo principal de defesa são as pessoas do sexo feminino quando essas estão no ambiente doméstico ou familiar.

No entanto essa restrição a defesa da mulher gerou diversas discussões sobre a constitucionalidade da lei, devido ao fato de violar o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, inciso I e artigo 226, §8º da Constituição Federal, defendido ora como princípios fundamentais.

Entende Maria Berenice Dias que é notável a discriminação no tratamento dos sujeitos de direito da sociedade. Ao prever sanções que prejudicam um dos gêneros frente ao outro. Desse modo, transformando o sexo masculino em sujeito de segunda categoria, inferior e merecedor de punição, no tocante a defesa do sexo

frágil, feminino¹⁶.

A Constituição Federal defende a ideia de igualdade entre as pessoas perante a lei, o que logicamente estaria sendo violado com a criação de normas que favorecem somente parte da sociedade.

Por outro lado, parte da doutrina defende a aplicação da lei para a defesa das mulheres que estão nitidamente em posição inferior aos homens, sendo em sua maioria as maiores vítimas de violência doméstica. Buscando, assim, a igualdade formal e a material¹⁷.

A defesa supracitada surgiu devido à história da marginalização social ou da hipossuficiência, buscando estabelecer medidas de compensação¹⁸. A intenção do legislador era de proteger certos grupos minoritários da sociedade que mereciam tratamento diferenciado.

Defendendo, ainda, que o surgimento dessa diferenciação não se efetivou com a aplicação da Lei Maria da Penha, pois o legislador já havia adotado medidas que protegiam as mulheres frente ao sexo masculino, por exemplo, o disposto no artigo 100, inciso I, do CPC, que determina o foro especial da mulher na ação de separação e divórcio.

Ademais leciona Guilherme Nucci¹⁹: que a Lei é uma norma de discriminação positiva, pois é certo que a Carta Magna não só não veda a adoção de

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

¹⁷ Ibidem, p.14.

¹⁸ ROCHA, Sandro Caldeira Marron da. IN: FREITAS, André Guilherme Tavares de (Coord.). Estudos sobre as novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos: (Lei 11.340/2006 e 11.343/2006): doutrina e legislação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 173-174.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

medidas nesse sentido, mas, antes disso, as favorece, já que no seu preâmbulo, a nossa Lei Maior estabelece como objetivo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, visando alcançar o ideal de igualdade e justiça como os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

2.1.1. A violência doméstica e seus sujeitos ativo e passivo

O sujeito ativo do crime praticado contra a mulher pode ser qualquer pessoa, desde que considere o local da violência devendo ocorrer no âmbito familiar, doméstico ou de intimidade, não importando o gênero do agressor. O algoz não precisa necessariamente conviver de forma continuada com a vítima, abrangendo-se nesta definição os empregados domésticos, ou seja, os “esporadicamente agregados”. Já a definição de família vai além das definições legais, devendo-se compreender uma comunidade formada por indivíduos. Neste caso não só o conceito tradicional de casamento se encontra abrangido, mas também os vínculos atuais, a exemplo de uniões estáveis, família monoparental, famílias anaparentais (formadas entre irmãos), uniões homoafetivas, e famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias).

Destaca-se de forma abrangente, a violência doméstica como sendo qualquer agressão inserida em um relacionamento íntimo entre duas pessoas. Interessante trazer à baila o entendimento de Nucci²⁰:

“É inaplicável o disposto no inciso III do artigo 5º, desta lei, para efeitos penais. Na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, no artigo 2º, §1º, alínea “a”, prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

que compreende, entre outros, estupro, violação, maus tratos e abuso sexual. Logo, é bem menos abrangente a redação do inciso III do artigo 5º da Lei 11.340/2006. Exige-se, no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/2006 basta à convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se o agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inciso III.”

Sem dúvida, poderia a lei instituir Varas especializadas para o julgamento de qualquer tipo de violência doméstica, mas não apenas para julgar a violência “contra a mulher. Também a violência doméstica praticada pela mulher contra a mulher (a mãe contra a filha, ou a filha contra a mãe), ou pela mulher contra o homem (a mãe contra o filho, ou a filha contra o pai, a mulher contra o marido).

Argumenta Maria Berenice Dias²¹:

“Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados. Também na união estável – que nada mais é do que uma relação íntima de afeto – a agressão é considerada como doméstica, quer a união persista ou já tenha findado. Para ser considerada a violência como doméstica, o sujeito ativo tanto pode ser homem como outra mulher. Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de 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 de agressor.”

A empregada doméstica, que presta serviços a uma família, está sujeita à violência doméstica. Assim, tanto o patrão como a patroa podem ser os agentes ativos da infração. Igualmente, não importa o fato de ter sido o neto ou a neta que tenham agredido a avó, sujeitam-se os agressores de ambos os sexos aos efeitos da Lei. A parceria da vítima, quando ambas matem uma união homoafetiva (art. 5º, parágrafo único), também responde pela prática de violência de âmbito familiar. Os conflitos entre mães e filhas, assim como os desentendimentos entre irmãs está ao

²¹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

abrigo da Lei Maria da Penha quando flagrado que a agressão tem motivação de ordem familiar.

No que diz com o sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgênicos, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica.

Não só esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o pólo passivo da ação delituosa”.

2.2. A aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 à unidade familiar

É importante ressaltar que a Lei nº 11.340/2006 não é aplicável somente à mulher, enquanto esposa ou companheira, mas a toda a unidade familiar, uma vez que qualquer outra pessoa do sexo feminino, pertencente ao núcleo doméstico, merece sua tutela.

Assim entende Ricardo de Souza²²:

“O termo ‘violência doméstica’ se apresenta com o mesmo significado de ‘violência familiar’ ou ainda de ‘violência intrafamiliar’, circunscrevendo-se aos atos de maltrato desenvolvidos no âmbito familiar, residencial ou em relação a um lugar onde habite um grupo familiar, enfatizando prioritariamente, portanto, o aspecto espacial no qual se desenvolve a violência, não deixando expressa uma referência subjetiva, ou seja, é um conceito que não se ocupa do sujeito submetido à violência, entrando no seu âmbito não só a mulher, mas também qualquer outra pessoa integrante do núcleo familiar (principalmente mulheres, crianças, idosos, deficientes físicos ou deficientes mentais) que venha a ser sofrer

²² SOUZA, Sergio Ricardo de. **Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 36.

agressões físicas ou psíquicas praticadas por outro membro do mesmo grupo.”

Da mesma maneira argumenta Marcelo Bastos²³:

“Que qualquer mulher pode ser sujeito passivo de violência doméstica, independente de idade, uma vez que a Lei em apreço não se restringe à violência doméstica, abrangendo, igualmente, a violência familiar, a qual inclui crianças, adolescentes e idosos, sendo necessário apenas que a pessoa ofendida se enquadre no conceito biológico de ‘mulher’.”

Por fim, Sandro Rocha²⁴ complementa esse entendimento, ao afirmar que também podem ser considerados como sujeito ativo de violência doméstica o pai, a mãe, o irmão, a filha, o cunhado, entre outros, ou seja, a Lei tem por finalidade proteger a mulher independente do vínculo doméstico que ela tenha com o agressor ou agressora.

Para Andrea Alustau²⁵ as empregadas domésticas, também podem ser consideradas sujeitos da violência doméstica, desde que sejam consideradas como membro da família.

Faz-se necessário acrescentar que a Lei também abarca as mulheres, as quais possuem vínculos afetivos não inseridos no conceito de família ou de entidade familiar, como é o caso das namoradas e noivas, se presente o nexos causal entre a agressão e a relação íntima de afeto entre a ofendida e o agressor, mesmo que não vivam sob o mesmo teto, como decidiu, recentemente, a Terceira Seção do Superior

²³ BASTOS, Marcelo Lessa. IN: FREITAS, André Guilherme Tavares de (Coord.). **Estudos sobre as novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos: (Lei 11.340/2006 e 11.343/2006): doutrina e legislação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 132-133.

²⁴ ROCHA, Sandro Caldeira Marron da. IN: FREITAS, André Guilherme Tavares de (Coord.). **Estudos sobre as novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos: (Lei 11.340/2006 e 11.343/2006): doutrina e legislação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 175.

²⁵ ALUSTAU, Andrea Bezerra Pequeno de. **Lei Maria da Penha.** Disponível em <<http://www.apmp.org.br/index.php/artigos/301>>. Acesso em 22 maio 2009.

Tribunal de Justiça²⁶, conforme demonstra a ementa a seguir:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. EX-NAMORADOS. VIOLÊNCIA COMETIDA EM RAZÃO DO INCONFORMISMO DO AGRESSOR COM O FIM DO RELACIONAMENTO. CONFIGURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006.COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

1. Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim de relacionamento de namoro, restando demonstrado nos autos o nexu causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima.

2. In casu, a hipótese se amolda perfeitamente ao previsto no art. 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, já que caracterizada a relação íntima de afeto, em que o agressor conviveu com a ofendida por vinte e quatro anos, ainda que apenas como namorados, pois aludido dispositivo legal não exige a coabitação para a configuração da violência doméstica contra a mulher. verifica-se nexu de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei n.º 11.340/2006.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG, o suscitado.”

Note-se que, a 1ª Turma Criminal do TJDFT²⁷ decidiu nesse sentido, nos seguintes termos:

“PENAL. LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – NAMORADA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – ABSOLVIÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA.

1. A violência doméstica dá-se em qualquer relação íntima de afeto, desde que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação, inteligência do inciso III da Lei 11.340/2006. A relação entre namorados está inserida no âmbito de abrangência da Lei Maria da Penha. Precedente desta Corte e do STJ.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Conflito de Competência nº 2009/0038310-8. Terceira Seção, STJ. Suscitante: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete-MG. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara de Conselheiro Lafaiete-MG. Relator: Min. JORGE MUSSI. Julgado em 24/06/2009. DJ de 03/08/2009. Disponível em<<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 12 set. 2009.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Penal. Apelação nº 2007.03.1.042600-4 APR. 1ª Câmara Criminal, TJDFT. Apelante: L.E.S. Apelado: M.P.D.F.T. Relator: Des. Sandra de Santis. Julgado em 10/09/2009. DJ de 30/09/2009. Disponível em<<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 04 out. 2009.

II. Em crimes que envolvam violência doméstica, a palavra da vítima merece especial valor, sobretudo quando tem sintonia com as provas produzidas.

III. Apelo improvido.”

Portanto, para a configuração da violência doméstica basta restar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade com o agressor, sendo desnecessário que haja coabitação e que as partes sejam marido e mulher ou companheiro e companheira, visto que o conceito de família trazido pela Lei nº 11.340/2006 engloba todas as estruturas de convívio determinadas por uma relação íntima de afeto, estando em consonância com a expressão “Direito das famílias”.

2.3. As lacunas legais da Lei Maria da Penha

2.3.1 Aos homossexuais

É de fundamental importância destacar que quando a lei abriga a mulher sem a distinção de sua orientação sexual, passa a alcançar as lésbicas, travestis, transsexuais e transgênicos que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. Assim defende Dias²⁸: “No que diz respeito ao sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito engloba-se todos os sujeitos que possuem identidade com o sexo feminino. Assim agressão com eles dentro do âmbito familiar também deve constituir agressão doméstica.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Artigo 5º, § único, da Lei em apreço dispõe que as relações pessoais independem de orientação sexual. Resguardando à mulher homossexual a proteção legal, o texto constitucional definiu que as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual. Tal norma trouxe um grande avanço na sociedade brasileira, na medida em que reconhece textualmente a união entre pessoas do mesmo sexo, questão ainda polêmica no ordenamento jurídico pátrio, mas já reconhecida por grande parte da jurisprudência.

Com efeito, os conflitos entre mães e filhas, bem como as agressões entre irmãs estão abrangidos pelo texto legal, caso a agressão tenha motivação de ordem familiar.

Nesse contexto, Dias²⁹ afirma que também há possibilidade de serem sujeitos passivos de violência doméstica as filhas e as netas do agressor, bem como a sua mãe, a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantenha vínculo familiar com ele, o que constata que não apenas as esposas, companheiras ou amantes podem ser protegidas pela Lei em foco.

Ressalte-se que as uniões homoafetivas foram englobadas no conceito de família da Lei em apreço, uma vez que o seu art. 2º determina que, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assim como o parágrafo único do seu art. 5º dispõe que todas as situações, as quais configuram violência doméstica, independem de orientação sexual.

Desse modo, as relações domésticas que unam mulheres homossexuais também constituem entidade familiar e estão protegidas pela Lei em comento, independente do papel que qualquer delas desempenhem na relação.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41-44.

A esse respeito Cunha e Pinto³⁰ sustentam:

“Como salientam Iglesias Fernanda de Azevedo Rabelo e Rodrigo Viana Saraiva, ‘aceitar novos modelos familiares não significa dizer que a família será destruída. Conceber apenas a família nuclear composta pelo casal heterossexual e filhos como o único modelo de família aceitável, é incompatível com a natureza afetiva da família. A noção de família como núcleo de afetividade e base da sociedade deve ser encarada, como de fato é, como um fator cultural. E, dessa maneira, a legislação deve acompanhar a evolução da sociedade e, conseqüentemente, dos arranjos familiares’.”

João Rodolfo³¹ também é nesse sentido, nos seguintes termos:

“Então, as uniões homoafetivas não foram reguladas pela norma civilista, mas com o advento da Lei Federal nº 11.340 que entrou em vigor em agosto de 2006 temos um avanço positivo em relação a esse novo conceito de entidade familiar. Esta nova lei, conhecida como “Lei Maria da Penha”, criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Mas, não só regulamentou a violência no âmbito doméstico como trouxe uma carga ideológica inovadora, pois permitiu uma interpretação de reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo. [...] Hoje, a família é entendida sob uma nova visão, como um núcleo de afetividade, portanto, o afeto não está restrito às uniões heterossexuais. Desse modo, os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm uma relação baseada na afetividade, devem ter a merecida pretensão e reconhecimento previstos na Constituição Federal.”

Segundo Dias³², a Lei em foco, ao ampliar a definição de unidade familiar, consagrou, pela primeira vez, a ideia de que a família pode ser constituída por

³⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

³¹ RODOLFO, João. **Uniões Homoafetivas e a Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.nalei.com.br/blog/2008>>. Acesso em 08 set. 2009.

³² DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

vontade de seus próprios membros e não apenas por imposição de Lei. Assim, para a doutrinadora, a partir desse novo conceito de entidade familiar é incabível o questionamento da natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo, haja vista estarem inseridos no Direito de família, de forma que as lésbicas, os travestis, os transexuais e os transgêneros que mantenham relação íntima de afeto no convívio doméstico também estão sob a abrangência do texto legal.

Porém, no que se refere aos transexuais, Rocha³³ assevera que há dois segmentos doutrinários a respeito da incidência ou não da Lei em comento: o primeiro sustenta que, embora o transexual seja psicologicamente uma mulher e tenha seu órgão genital alterado, biologicamente deve considerado como homem, razão pela qual não está incluso na proteção do texto legal; por outro lado, o segundo entendimento é pela possibilidade de o transexual ser tratado como mulher, caso realize a cirurgia de mudança de sexo e obtenha a alteração de seu registro civil, conforme já tem admitido à jurisprudência.

Dessa forma, tem-se que o segundo posicionamento é mais acertado, pois, com a mudança de sexo e a alteração de seu registro civil, o transexual deve ser reconhecido como uma mulher, sobretudo porque a Carta Magna consagrou a liberdade de agir e pensar de cada pessoa.

É importante acrescentar que há jurisprudências no sentido de ser possível o reconhecimento de união estável homossexual, a exemplo da decisão da Oitava Câmara Cível do TJRS³⁴, senão veja-se:

“APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A competência para

³³ ROCHA, Sandro Caldeira Marron da. IN: FREITAS, André Guilherme Tavares de (Coord.). **Estudos sobre as novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos: (Lei 11.340/2006 e 11.343/2006): doutrina e legislação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 175-176.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Penal. Apelação Cível Nº 70023812423. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Apelante: M.P. Apelado: A.T. Relator: Rui Portanova, Julgado em 02/10/2008. DJ em 08/10/2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 19 set. 2009.

processar e julgar as ações relativas aos relacionamentos afetivos homossexuais. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. NEGARAM PROVIMENTO.”

A 4ª Turma do STJ35 igualmente decidiu no sentido de que a união homoafetiva pode ser declarada como união estável, isto é, como entidade familiar, diante da ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico quanto a essa possibilidade, nos termos da ementa a seguir:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

- 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.*
- 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.*
- 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe legal para o prosseguimento do feito.*
- 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.*
- 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda*

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Resp 820475/RJ. Quarta Turma, STJ. Recorrente: A C S e outro. Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Julgado em 02/09/2008. DJ em 06/10/2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 set. 2009.

existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

7. Recurso especial e provido.”

Portanto, a agressão ocorrida no âmbito da relação homossexual se caracteriza como violência doméstica, porque essa espécie de união deve ser considerada como entidade familiar, aplicando-se, assim, a Lei nº 11.340/2006.

Além disso, a nova realidade da sociedade demonstra que a unidade familiar não se restringe a casais heterossexuais, sendo necessário que a legislação acompanhe essa evolução, a fim de que o Estado garanta a integridade física e psicológica dos membros de qualquer entidade familiar.

2.3.2 A mulher militar

Cabe discutir as dificuldades forenses para apurar e julgar os casos de casais militares que são vítimas de violência doméstica.

Com a entrada das mulheres no meio militar surge a conseqüente formação de casais militares, assim demandando um novo fenômeno social, que é a mulher militar como vítima de violência doméstica por parte de seu companheiro também militar. Assim, seria hipocrisia defender que a mulher militar não sofre violência dentro do seio doméstico, já que a sua qualidade de militar não influencia na violência do seu companheiro.

Nesse diapasão surge a divergência entre o disposto no Código Penal Militar e a Lei nº 11.340/2006, pois esta preceitua a necessidade de sua aplicação quando ocorrem casos de violência doméstica, enquanto aquela defende a aplicação

da lei militar quando os casos de violência familiar atingir mulheres militares. Assim permanece a dúvida de qual legislação aplicar nesses casos concretos.

O Superior Tribunal Militar tem entendido de forma diferente, objetivando uma pena mais rigorosa aos delitos cometidos por militares. Defende que o oficial, como categoria especial de servidores da Pátria, deve sempre manter uma conduta ilibada dentro e fora do quartel, dedicando-se exclusivamente e sujeitando-se as regras de comportamento e condutas estipulados.

Entendendo como correto o disposto no Código Penal Militar, seria necessário a análise de diversos fatores como: a força a qual pertence os militares, o fato ocorrido, a graduação ou posto dos envolvidos, o lugar e o motivo. Porém, para alcançar todos os fatores é necessário fazer uma construção jurídica fundamentada na legislação, na jurisprudência e na doutrina, analisando caso a caso para se chegar à conclusão da existência de crime, qual seria ele e se obtém cunho militar.

Esclarece o disposto no artigo 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM, que quando um militar da ativa comete contra outro militar na mesma situação algum ato passível de ser tipificado como crime pela legislação, ainda que numa relação íntima, configura-se crime militar. Nesse sentido, os fatos que englobam a vida privada e a intimidade de casais oficiais devem ser solucionados com fulcro nas normas militares, afastando outras leis, inclusive as medidas protetivas da Lei Maria da Penha.

Por outro lado entende o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que apesar das disparidades existentes, quando cometidos ilícitos penais por militares o qual não estavam em serviço, ou não executavam missão militar e que agiam por motivos pessoais em local não sujeito à Administração Militar, a competência para julgar o delito será da Justiça Comum.

Afinal, a realidade profissional militar vai de encontro com as relações pessoais e familiares, que envolvem elementos subjetivos, tais como: amor, afeto, carinho; sentimentos esses que estão em constantes transformações, podendo desaguar em sentimentos totalmente opostos, como: ódio, mágoa, desafeto, gerando condutas movidas pela passionalidade.

Dessa forma, entende-se que a legislação militar, que é muito específica e com suas peculiaridades, não deve e nem pode envolver-se nesse meio familiar e doméstico, independentemente de serem os protagonistas sujeitos de seus quadros militares, que se casaram e firmaram uma família.

No mais, protegido pela Lei Máxima e pelos tratados internacionais de que é signatário o Brasil, o legislador criou a Lei Maria da Penha como instrumento preventivo a violência doméstica contra a mulher, mecanismo esse que pode e deve ser utilizado por todos os sujeitos de direito. Logo, não pode a legislação castrense tirar da mulher militar e de sua família as proteções trazidas pela nova lei, instrumento esse que veio para atender à instituição familiar, seja ela formada ou não por militares.

Com o mesmo entendimento disciplina Célio Lobão³⁶ que a Justiça castrense não deve interferir na esfera pessoal do casal de militares: defendendo que tal ensinamento reforça a tese da importância da privacidade dos militares no convívio íntimo e familiar.

Recepcionados pela Constituição Federal os Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, foram legalizados, coibindo os abusos existentes quando de suas decretações, assim permitindo ao militar mais liberdade diante do antigo e rígido ordenamento castrense. Entretanto, a presença de extrema rigidez é fundamental para manter a regularidade das forças militares, porém desnecessária na intimidade e na vida privada do militar.

Com base neste entendimento, resta claro que a violência doméstica envolvendo casal de militares deve ser processada e julgada pela Justiça comum, apropriada para avaliar casos que atingem a regularidade da instituição familiar, que tem como base os sentimentos e os atos mais íntimos do ser humano, tais como o amor, o carinho e o afeto.

O lar não é “local sob administração militar”, conforme amplamente defendido pela jurisprudência e por doutrinadores, motivo pelo qual os delitos ocorridos decorrentes da vida conjugal não serão analisados por força do Artigo 9º, II, “b” do

³⁶ LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar atualizado**. – Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

Código Penal Militar.

Por todo o explanado, conclui-se que a mulher militar deve ser amplamente amparada pela Lei Maria da Penha quando for vítima de violência doméstica por parte de seu companheiro também militar.

Afinal assegurar as medidas protetivas de urgência à mulher militar vítima da violência doméstica ou familiar é tutelar a “prevalência dos direitos humanos” e a “dignidade da pessoa humana”, conforme expressa a Constituição Federal.

2.4 Aplicação a lei Maria da Penha por analogia

A inovadora Lei nº 11.340/2006 foi criada devido à necessidade premente e incontestável de assegurar à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos foi subjugada pelo homem.

É certo não se poder aplicar a lei penal por analogia quando essa caracteriza-se como norma incriminadora, ou seja, em malefício do réu, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando no art. 1º do Código Penal.

Portanto, para que a analogia possa ser aplicada como forma de integração da norma jurídica, é preciso que, além de lacuna na lei, haja a semelhança entre o caso abstratamente previsto e o não previsto.

Pelo que explica a doutrina penalista que a analogia deve ser dividida em: *in malam partem* (para o mal) e *in bonam partem* (para o bem). A analogia *in malam partem* consiste na aplicação de uma conduta expressamente prevista na lei a outra conduta não prevista, com a finalidade de agravar a situação do réu. E a *in bonam partem* deve ser entendida como o mesmo procedimento, mas que consiste em beneficiar o agente³⁷.

³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6. ed., rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 48-50.

Ademais, sustenta Bastos³⁸ que a analogia *in malam partem* não tem legitimidade em face da disposição do art. 1º do Código Penal, que prevê: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Desse modo, o Código Penal veda o emprego desse tipo de analogia no tocante à definição de crime ou à imposição de pena, pois determina que ninguém pode ser punido por um ato ilícito que não esteja elencado na lei como crime, o que significa dizer que o intérprete não pode aplicar a analogia para abranger hipóteses não expressamente previstas pelo legislador, com o intuito de prejudicar o réu.

Por outro lado, a analogia *in bonam partem* pode ser aplicada no direito penal, uma vez que a proibição da analogia não deve ser estendida a hipóteses que não se relacionem ao princípio da legalidade, previsto na Carta Magna.

Portanto, lícito será o emprego da analogia que não resultar prejuízo algum para o réu, mas, pelo contrário, vier em seu auxílio, uma vez que sua aplicação está em perfeita conformidade com a Constituição Federal e com o Código Penal.

Contudo esclarece Damásio de Jesus³⁹ que a analogia *in malam partem*, é proibida, no entanto não quer dizer que não se possa aplicar a norma *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando essa não for de caráter incriminador.

Com efeito, Bastos⁴⁰ assevera:

“[...] O silêncio do Código, nesse particular, não deve ser interpretado sob o signo da intransigência. Ao revés, reclama uma análise mais acurada de todo o ordenamento jurídico brasileiro, assim como um exame cuidadoso das conseqüências da analogia in bonam partem.”

³⁸ BASTOS, João José Caldeira. **Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica.** Disponível em: <<http://www.jus2.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em 09 set. 2009.

³⁹ DE JESUS, Damásio. **Direito Penal - Parte Geral** – 10. ed. pag. 48.

⁴⁰ BASTOS, João José Caldeira. **Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica.** Disponível em: <<http://www.jus2.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em set. 2009.

Ora, já ficou patentado que o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil se aplica aos demais ramos do direito, desde que preceito especial não disponha em sentido diferente. São concordes, nesta assertiva, juristas do porte de Alípio Silveira, Carvalho Santos, Clóvis Bevilacqua, Eduardo Espínola, Espínola Filho, Frederico Marques, Magalhães Noronha, Pontes de Miranda, Serpa Lopes e tantos outros.

[...] A analogia in bonam partem: a) não está proibida pela Constituição, nem pelo Código Penal; b) é expressamente permitida pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, extensível ao direito penal pátrio, em face do silêncio do respectivo Estatuto; c) impõe-se como medida indispensável, destinada a conciliar a lei com a equidade, em atenção à justiça e aos reclamos da moral social.”

Sendo assim, em virtude das lacunas existentes na lei, é possível a aplicabilidade da analogia, prevista no art. 4º da LICC, a fatos relacionados ao direito penal, de modo a favorecer o réu, ou seja, é possível a aplicação extensiva da lei penal a casos não descritos por ela quando a intenção do intérprete for resguardar o direito do agente.⁴¹

O entendimento inovador adveio da decisão do juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá⁴², como será mencionado no próximo item da presente pesquisa. E mesmo a doutrina começa a se posicionar nesse sentido, a exemplo de Gomes⁴³, que sustenta:

“As medidas protetivas desta lei poderiam se aplicadas analogicamente em favor de outras pessoas? Desde que se constate alguma analogia fática, sim. Por exemplo: violência doméstica contra o homem. Nesse

⁴¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6. ed., rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 48-50.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Penal. Processo nº. 1074/2008. Juizado Especial Criminal Unificado, TJMT. Querelante: Celso Bordegatto. Querelado: Márcia Cristina Ferreira Dias. Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira. Decisão em 14/10/2008. Disponível em <<http://www.tjmt.jus.br>>. Acesso em 05 set. 2009.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação em favor de homem**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 05 ago. 2009.

caso constatada que a violência está sendo utilizada pela mulher como uma forma de imposição, não há dúvida que todas as medidas protetivas da Lei 11.340/2006 podem favorecer o homem, impondo-se a analogia in bonam partem (TJMG, Apel. Crim. 1.0672.07.249317-0, rel. Judimar Biber, j. 06.11.07). Nesse mesmo sentido, decisão do juiz Mário R. Kono de Oliveira (Cuiabá-MT), que sublinhou: “o homem que, em lugar de usar violência, busca a tutela judicial para sua situação de ameaça ou de violência praticada por mulher, merece atenção do Poder Judiciário.

[...] Diante de tudo quanto foi exposto, parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.”

Destarte, não há que se falar em afastamento da lei do ordenamento jurídico sob ofensa à isonomia, mas aplicá-la por analogia àqueles que buscarem o Poder Judiciário, como bem analisou o juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, na decisão supracitada.

Esse entendimento é compartilhado por Dantas de Oliveira⁴⁴, de que a Lei em comento não ofende o princípio da isonomia, não devendo, portanto, ser afastada do ordenamento jurídico, mas sim, aplicada, por analogia, às pessoas que buscarem o Poder Judiciário.

No caso em questão, é razoável o predomínio da proteção do homem que se encontra em situação de vulnerabilidade diante dos direitos da mulher que se aproveita da inexistência de proteção dele para agredi-lo no âmbito doméstico.

⁴⁴ OLIVEIRA, Dantas de. **Uma breve análise da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em 03 out. 2009.

Ademais, nesse momento, o homem está em par de igualdade com a mulher e merece o mesmo tratamento dispensado a ela, conforme determina o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, I, da CF/88.

Desse modo, em face das lacunas apresentadas pelo direito, em um primeiro momento, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC) prevê que, no caso de ausência de uma norma jurídica que se encaixe de forma específica ao caso concreto em análise, o juiz pode decidi-lo de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Assim, a analogia está compreendida entre os meios adequados de aplicação do direito quando não existir lei que regule o caso concreto em foco.

Nesse sentido, leciona Maria Helena Diniz⁴⁵:

“Para integrar a lacuna o juiz recorre, preliminarmente, à analogia, que consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado.

[...] Requer a aplicação analógica que:

- 1) o caso sub judice não esteja previsto em norma jurídica;*
- 2) o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança;*
- 3) o elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial, ou seja, deve haver verdadeira semelhança e a mesma razão entre ambos.”*

Dessa forma, a referida doutrinadora⁴⁶ entende que a analogia tem por finalidade ampliar a estrutura de uma situação, incorporando-lhe uma nova realidade, baseada na semelhança.

Concordam com esse entendimento Gagliano e Pamplona Filho⁴⁷:

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 26 ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72-75.

⁴⁶ Ibidem, p. 73.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

“Embora mencionada no art. 4º da LICC, não se trata bem de uma fonte do direito, mas sim de um meio supletivo em caso de lacuna da lei. Trata-se, em verdade, de uma “forma típica de raciocínio pelo qual se estende a facti species de uma norma a situações semelhantes para as quais, em princípio, não havia sido estabelecida”.

Note-se que, a Segunda Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMS)⁴⁸ ratificou a decisão do Juízo de primeiro grau, por entender ser possível a aplicação das medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006 em favor dos homens em face do princípio da analogia *in bonam partem*, nos seguintes termos:

“HABEAS CÔRPUS. MEDIDAS PROTETIVAS, COM BASE NA LEI Nº. 11.340/2006, A CHAMADA LEI MARIA DA PENHA, EM FAVOR DO COMPANHEIRO DA PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDOS DENEGADOS SEJAM PORQUE OS ATOS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS, POIS QUE CONTRÁRIOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO, SEJA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da analogia, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo magistrado que ousou desafiar a Lei. Com sua atitude, o magistrado apontado como autoridade coatora, não só pôs fim às agruras do ex companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente. Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Penal. HC 6313/2008. Segunda Turma Recursal, TJMT. Paciente: Márcia Cristina Ferreira Dias. Impetrantes : Sergio Batistella e Jorge Luiz Siqueira Farias. Impetrado: Juizado Especial Criminal Unificado da Capital. Relator Des. Sebastião Barbosa Farias. Julgado em 09/06/2009; DJMT 24/06/2009. Disponível em <<http://www.tjmt.jus.br>>. Acesso em 07 set. 2009.

contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal)."

No mesmo sentido, a 1ª Câmara Criminal do TJMG49 decidiu que a referida Lei se aplica tanto para as mulheres, assim como para os homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar, conforme demonstra a ementa a seguir:

"LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006) – INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU COMO ÓBICE À ANÁLISE DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REQUERIDAS – DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE SE RESOLVE A FAVOR DA MANUTENÇÃO DA NORMA AFASTANDO-SE A DISCRIMINAÇÃO – AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A ANÁLISE DO PEDIDO.

A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar. Inviável, por isto mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade, sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice."

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Penal. Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0/001. 1ª Câmara Criminal, TJMG. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Daniel Campolina Gomes. Relator: Des. JUDIMAR BIBER. Julgado em 06/11/2007. DJ em 21/11/2007. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 19 set. 2009.

Cabe destacar que o relator do julgado acima citado, o Desembargador Judimar Biber⁵⁰, destaca, *in verbis*:

“[...] Ora, se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/2006 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente.

Basta ao intérprete afastar a condição pessoal da mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças.

A leitura da Lei Federal nº 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que seja plenamente lícita suas disposições.”

Por essa razão, embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é a vítima da violência pela esposa ou companheira, que tomada por sentimentos de posse e de fúria deferem todos os tipos de agressões.

Em caso de uma discussão a respeito da possibilidade ou não, da extensão da aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 para proteger os homens, a Lei em apreço pode ser aplicada, por analogia, o que não feriria nenhum princípio do direito, haja vista que a sua aplicação analógica não tem por objetivo prejudicar o réu e sim, proteger o bem da vítima.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Penal. Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0/001. 1ª Câmara Criminal, TJMG. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Daniel Campolina Gomes. Relator: Des. JUDIMAR BIBER. Julgado em 06/11/2007. DJ em 21/11/2007. Julgado em 06/11/2007. DJ em 21/11/2007. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 19 set. 2009.

Portanto, não há impedimento algum da aplicação analógica da Lei nº 11.340/2006 em favor do sexo masculino, uma vez que o texto legal é aplicável a toda unidade doméstica, estando o homem, dessa forma, sob o âmbito de sua proteção, sobretudo porque, quando este estiver em situação de hipossuficiência, por exemplo, deve-se levar em consideração o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, parte da jurisprudência considera que a Lei Maria da Penha não pode beneficiar homem em nenhuma hipótese. Isto restou claro no habeas corpus impetrado pela Promotoria de Justiça de Criciúma. A 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que a Lei Maria da Penha não pode ser aplicada a homens.

O Judiciário de Criciúma havia, inicialmente concedido uma medida protetiva a um homem que havia registrado ocorrência policial relatando que sua ex-esposa o perturbava. Um habeas corpus do Ministério Público foi impetrado em favor de Maria Elisabete Schneider Mallmann, que também havia registrado ocorrência relatando que seu ex-esposo, Clodover Mallmann, entrou em seu apartamento e quebrou parte da mobília. Ela representou criminalmente, requerendo medidas protetivas. Todavia, o Poder Judiciário local concedeu as medidas ao homem, que havia feito o mesmo pedido.

No entanto os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acataram os argumentos do Ministério Público, nesse caso, e concordaram que a aplicação dos institutos protetivos da Lei Maria da Penha são aplicáveis somente às mulheres.

Descreve o citado acórdão: “O homem não está desamparado de abusos praticados pela mulher. No entanto, há outros institutos que garantem seus direitos, que não as medidas da Lei Maria da Penha”.

Contudo, para tentar reduzir parte das controvérsias, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pediu durante sua gestão que o Supremo Tribunal Federal (STF) declare a constitucionalidade da Lei Maria da Penha. O que em fevereiro de 2012 foi decidido, impedindo a aplicação de analogia, seja ela in bonam parte ou in malem

parte, no tocante aos homens vítimas de violência doméstica ou familiar.

3. DAS IMPLICAÇÕES LEGAIS E CONSTITUINTES DA LEI 11.340/2006

Criada com o objetivo de apartar a violência doméstica contra as mulheres, o ordenamento jurídico brasileiro buscou aplicar mecanismos destinados a assegurar uma existência digna as pessoas do sexo feminino. Entretanto, essa busca pela igualdade, gera nas relações de gêneros uma desigualdade clara, pois criou um sistema de proteção aplicável somente a uma das partes.

A vigência da Lei demandou diversas opiniões sobre sua constitucionalidade. Parte da doutrina defende a posição de ser a norma inconstitucional, pois sua aplicação violaria o princípio da isonomia, instituído no art 5º, inciso I, da Carta Magna.

Ressalta-se que as divergências tomaram maior proporção quando determinados Juízos ou Tribunais afastaram a aplicabilidade da Lei 11.340/2006, tendo em vista a violação ao princípio da igualdade. Assim, explicam que uma vez ter a norma previsão especial de proteção às mulheres, essa exclui o homem do âmbito de sua proteção, importando, então, em ofensa ao direito fundamental, negando dessa maneira a isonomia entre os sexos e a consequente isonomia processual.

Acrescenta Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁵¹, que o assunto em questão consolidou duas posições principais, quais sejam: a primeira considerada como minoritária, em que a Lei 11.340/2006 seria inconstitucional por infringir o princípio fundamental da isonomia. E a segunda, majoritária, defensora da constitucionalidade da Lei, tendo em vista a necessidade de colocar em prática o princípio da igualdade, pois não sendo os direitos e garantias da Constituição Federal absolutos, pode-se e deve-se criar proteção a grupos especiais da sociedade.

⁵¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

3.1. Constitucionalidade da Lei frente ao Princípio da Isonomia

Visto que a proteção ao homem sempre esteve pautada nas normas vigentes, por exemplo quando criança aplica-se a eles o Estatuto da Criança e Adolescente, e depois adultos são protegidos pelos Códigos Penal e Processual Penal, não há necessidade de proteção específica ao sexo masculino.

Ressalta Cunha e Pinto⁵², que a constitucionalidade da Lei se justifica em virtude da existência de dois sistemas de proteção: o geral e o especial. O primeiro destinado a qualquer pessoa da sociedade, estando o homem protegido pela Lei geral. O segundo tem por base a especificidade do sujeito passivo de direito, o qual deve ser avaliado de forma distinta.

A corrente majoritária, defensora da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, desmistifica a tese de que o sexo masculino é sofredor de violência doméstica, e que, por isso, mereceria proteção especial como as mulheres.

Cabe demonstrado, de forma evidente, que a mulher sempre esteve em situação de inferioridade e submissão em relação aos homens, fazendo-se necessário a criação de mecanismos de defesa compensatórios, objetivando um equilíbrio social ao gênero feminino, remediando as desvantagens sociais históricas.

Luis Flávio Gomes⁵³ complementa o entendimento, pois justifica que a necessidade de criação de normas específicas, dá-se pela diferença de tratamento entre os sexos, assim criado pela cultura da sociedade.

⁵² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação em favor de homem**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 05 ago. 2009.

Como defesa, a doutrina minoritária afirma serem os homens vítimas de violência doméstica tanto quanto as mulheres, entretanto por vergonha não efetuam a denúncia, o que impede a verificação dos dados. Porém a pressão cultural que pesa sobre esse assunto também atua, e de maneira muito mais intensa, no sentido oposto. Estima-se que a cada 15 segundos uma mulher é agredida no mundo, no entanto somente uma minoria chega a denunciar por ser alvo de críticas ao aceitarem a situação.

Todas as vítimas de violência doméstica, independentemente do sexo, têm o direito de serem bem recebidas, acolhidas quando decidem fazer a queixa. Assim, merecedora de atenção e apoio por parte da sociedade e das autoridades responsáveis. No entanto, a realidade não se consuma dessa forma. Quando um homem chega à delegacia com queixa de violência sofrida de sua companheira dentro do âmbito familiar, esse encontra empatia, e defensores que levam sua reclamação a sério, e que provavelmente resultará em inquérito policial e processo judicial.

Já, no que tange o sexo feminino, o tratamento é bem diferenciado. A mulher raramente recebe a atenção merecida, é criticada e ridicularizada. Por isso a necessidade da aplicação da Lei 11.340/2006, obrigando o atendimento a ser menos sexista.

Afirmar categoricamente que a violência ocorrida dentro do seio familiar atinge de forma igualitária aos homens e mulheres corresponde a uma falsa simetria, visto que o sexo masculino não compõe a classe de vitimadas e sim, em sua maioria, figuram como agressores.

Resta demonstrado que as mulheres são as maiores vítimas de violência, devido à existência antiga de um sistema de opressão, legalizado pelo Estado, que negava às mulheres seus direitos básicos.

Com efeito, Alexandre de Moraes⁵⁴, ao descrever o princípio da

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

igualdade, sustenta, *in verbis*:

“A constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.”

É de suprema necessidade o esclarecimento da igualdade prevista na Carta Magna, em seu art 5º, inciso I, pois deve ser compreendida sob dois aspectos fundamentais: o da igualdade formal e o da igualdade material.

No tocante ao primeiro aspecto deve ser concebido como igualdade perante a lei, segundo as normas devem ser elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os sujeitos da sociedade, independentemente de sexo, idade, raça, ignorando dessa maneira a existência de grupos minoritários, logo os seres de uma mesma categoria devem ser tratados de forma isonômica.

Do outro aspecto, tem-se a igualdade material ou concreta, em que cada sujeito pertencente à sociedade deve ser tratado segundo as suas necessidades.

Assim, tem-se como justificativa para a aplicação da Lei, a necessidade do Estado na aplicação à isonomia material, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades.

Explanam Flávia Piovesan e Silvia Pimentel⁵⁵ em seu artigo citado pelo Desembargador Herculano Rodrigues, Relator da Apelação Criminal nº

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. **Artigo Lei Maria da Penha: Inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela** – TJ/MG, AC 1.0672.07.234359-9/001 (1).

1.0672.07.234259-7/001 (1), in verbis:

“O texto constitucional transcende a chamada ‘igualdade formal’, tradicionalmente reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’, para consolidar a exigência ética da ‘igualdade material’, a igualdade como um processo em construção, como uma busca constitucionalmente demandada. Tanto é assim que a mesma Constituição que afirma a igualdade entre os gêneros estabelece, por exemplo, no seu artigo 7º, XX, ‘a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos”.

No mesmo sentido, assevera Maria Berenice Dias⁵⁶ que as Leis voltadas à parte da sociedade merecedora de proteção especial, visa igualar o grupo, ora desigual, a aquelas iguais. Desse modo, não estaria ferindo o princípio da igualdade, pois a imposição de tratamento diferenciado para os desiguais é que põe em prática esse princípio, sobretudo porque existem justificativas razoáveis e objetivas para as diferenciações normativas consideradas não discriminatórias.

José Afonso da Silva⁵⁷ também ministra nesse sentido, pois entende que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, haja vista que se leva em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos. Ademais, é em face dessas desigualdades, que se aspira à igualdade real ou material.

Defende ainda Fábio de Oliveira⁵⁸ que a realização da isonomia pressupõe a discriminação, uma vez que o tratamento igual a todos indistintamente afronta à igualdade, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer qualquer distinção.

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

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵⁸ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

O autor acrescenta a necessidade de verificação do conteúdo jurídico do princípio em questão, consistente em definir quais os casos em que indispensável a equiparação e quais as hipóteses em que o estabelecimento de desigualdades é válido, isto é, esse princípio deve ser levado a efeito de acordo com as peculiaridades de cada caso, devendo a razoabilidade ser o parâmetro pelo qual irá se avaliar o fundamento da diferenciação.

Deve-se esclarecer, ainda, que para respeitar o princípio da isonomia, não é necessário que as leis tratem a todos os sujeitos da sociedade de maneira igualitária. A finalidade de toda lei é fazer distinções dos grupos de pessoas existentes, por exemplo, a criação do Estatuto do Idoso, criado para a defesa daquela minoria, que necessita de uma proteção diferenciada. O grande êxtase da questão é saber se a distinção torna a norma criada inconstitucional.

Demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹, que existe uma necessidade imediata de criação de elementos que possibilite aferir se determinada situação concreta respeita ou não o princípio da igualdade.

Afirma o doutrinador que para a obtenção da resposta deve-se seguir um procedimento básico, que se inicia com a denominação do fator discriminatório no caso concreto, neste o gênero; depois deve-se estabelecer o exame de razoabilidade entre o fator discriminatório já adotado e a desigualdade procedida, e, como último passo, analisa-se a razoabilidade que deve estar prevista na Carta Magna.

Conclui-se pela realização da inclusão por parte do Estado Democrático de Direito, que deve incluir as pessoas que almejam sentir-se parte da sociedade. Contudo, é necessário definir parâmetros de proporcionalidade para incrementar-se com êxito na sociedade atual, a exemplo a Lei nº 11.340/2006, implementada no Brasil para a tutela do gênero feminino.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Esse também é o entendimento de Ricardo de Souza⁶⁰, que destaca, *in verbis*:

“(...) as medidas preconizadas na presente Lei constituem políticas e ações afirmativas no sentido de possibilitar que em relação à questão da violência, as mulheres alcancem o respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, bem como a almejada igualdade de condições em relação aos homens, estando, portanto, em plena consonância com os ideais insertos na Constituição da República do Brasil, de 1988, artigo 1º, inciso III, artigo 5º, incisos, I e III e artigo. 226, § 8º.”

Sandro Rocha⁶¹ argumenta com base na construção do conceito “direitos humanos”, pois se fez com a exclusão da mulher como sujeito de tais direitos, o que ficou claramente constatado pela existência da desigualdade entre o gênero feminino e o masculino. Desse modo, assevera:

“(...) a existência de uma aparente ‘maior proteção’ em favor do gênero feminino tem por finalidade ultrapassar a barreira da igualdade meramente formal para buscar uma igualdade material da mulher face ao homem, equiparando-as à posição destes e compensando eventuais desigualdades historicamente arraigadas em nossa cultura. Como bem observam Helena Omena e Mônica Melo, a presente Lei demonstra-se como mais uma forma de implantação de ações afirmativas, de maneira a trazer a observância do princípio não só da igualdade material, mas acima de tudo, o da dignidade da pessoa humana, de modo a igualar o status entre homens e mulheres.”

A Lei 11.340/2006 torna-se instrumento de concretização da igualdade material entre homens e mulheres, conferindo efetividade à vontade constitucional. Ressalta-se que a Carta Magna dispõe do dever do Estado de criar mecanismos proibitórios da violência doméstica, assim previsto no art. 226, § 8º.

⁶⁰ SOUZA, Sergio Ricardo de. **Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.

⁶¹ ROCHA, Sandro Caldeira Marron da; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Estudos sobre as novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos: (Lei 11.340/2006 e 11.343/2006): doutrina e legislação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

A norma específica não pode ser considerada inconstitucional, tendo em vista a necessidade de sua aplicação em todos os seus termos, pois somente dessa forma será combatido o contínuo ciclo de violência familiar no Brasil.

3.1.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF

Na data de 19 de dezembro de 2007 foi interposta Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19) da Lei Maria da Penha, pelo Advogado-Geral da União.

Em petição inicial, requereu, liminarmente, a suspensão dos efeitos de quaisquer decisões que, direta ou indiretamente, neguem vigência à Lei e, no mérito, a declaração da constitucionalidade.

Foi negado o pedido liminar, na data de 21 de dezembro de 2007, pelo Ministro Marco Aurélio, que baseou a decisão no argumento da impossibilidade de suspensão dos feitos antes do julgamento definitivo pelos Tribunais de Justiça de cada Estado.

Faz-se necessário esclarecer que a propositura da ADC/19 se deve à alegação de inconstitucionalidade da referida Lei em face de infringência à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária (art. 125, § 1º c/c art. 96, II, “d” da CF/88); e à competência dos juizados especiais para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da CF/88).

Levada a julgamento a ADC/19, após demonstrada a existência de controvérsia judicial relevante acerca do tema, exigida pelo art. 14, III, da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal passou a apreciar o mérito da ação.

Relembra a Corte que, ao julgar o HC 106212/MS (DJe de 13.6.2011), declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, tendo reiterado a ideia de que a lei entrou em vigor para conferir efetividade ao art. 226, § 8º, da CF.

Asseverou, ainda, que ao criar mecanismos específicos para coibir e

prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional.

Ressaltou-se que a competência atribuída aos Estados para fixarem a organização judiciária, fundamenta-se na disposição do artigo 33º da Lei sobre a cumulação de competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica contra a mulher, enquanto não são estruturados os Juizados de Violência Domestica e Familiar contra a mulher.

A acumulação das competências cível e criminal em Vara Criminal determinada pela Lei nº 11.340/2006 tem por objetivo conferir celeridade à solução de questões interdependentes e urgentes que abrangem a questão.

Em análise ao artigo 33º da Lei, esse é constitucional devido à ausência de invasão da competência dos Estados determinado assim pela Carta Magna em seu artigo 125, §1º c/c o artigo 96, II, “d”, sobretudo porque foi recomendação do Conselho Nacional de Justiça a criação dos Juizados especializados.

No que tange à afirmação da inconstitucionalidade do art. 41º da Lei Maria da Penha, essa não merece prosperar. Tendo em vista à competência dos Juizados Especiais para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo, estabelecida no art. 98º, I, da CF/88. Cumpre ressaltar que o autor da ADC/19 afirmou a inexistência de um critério pré-estabelecido para a definição desses crimes, cabendo ao Legislador infraconstitucional resolvê-lo com a observância do princípio da razoabilidade.

Além disso, a Lei nº 11.340/2006 afastou os institutos protetivos, ao réu, previstos na Lei 9.099/95, a exemplo da transação penal e da composição civil em face da ineficácia apresentada por esses institutos quando da tentativa de prevenção ou eliminação da violência doméstica ou familiar.

Nesse contexto, o referido artigo não pode ser reputado inconstitucional diante da inaplicabilidade da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência

doméstica e familiar contra a mulher.

Sob o enfoque constitucional, consignou-se que a norma seria a base da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Sublinhou-se que a lei em comento representaria movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça. Discorreu-se que, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade, o legislador editara microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente - ECA.

Para além, na ação em foco são citadas decisões monocráticas, como julgados que consideraram a Lei nº 11.340/2006 constitucional, a exemplo da decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal (STF), no HC 92538 MC/SC, que afirmou ser a admissibilidade da regra de competência dos Juizados de Violência Doméstica, inclusive nos delitos dolosos contra a vida, *in verbis*:

“DECIDO. A Lei nº 11.340/2006 (denominada Lei Maria da Penha) adotou um conceito de violência doméstica bem amplo, de forma a abarcar diversos instrumentos legais para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nas instâncias administrativa, civil, penal e trabalhista. Assim, o art. 14 da aludida Lei autorizou a criação pela União ou pelos Estados, de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal. Diante disso, a Resolução nº 18/06 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina instituiu o Juizado de que trata a lei e, na Comarca da Capital, estabeleceu seu funcionamento junto à 3ª Vara Criminal, deslocando, nos casos de crimes dolosos contra a vida da mulher, a instrução do processo, até a fase do art. 412 do CPP, para a 3ª Vara Criminal da Capital, mantendo, contudo, o julgamento perante o Tribunal do Júri (conforme parecer do Procurador de Justiça no HC 2006.044235-4, do TJ de Santa Catarina, fls. 103). Não vejo ilegalidade na Resolução nº 18/06 do TJ de Santa Catarina, que em tudo procurou ajustar a organização judiciária ao novo diploma legal, sem conflitar com as normas processuais que atribuem com exclusividade ao Tribunal do Júri, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Entendo, assim, em juízo inicial, que o flagrante foi homologado pela autoridade competente

e, por conseguinte, não padece de vícios.”

Esse também é o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu pela competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher para julgar os delitos acima referidos, até a fase de pronúncia, nos seguintes termos:

“HABEAS CORPUS – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PROCESSADO PELO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – LIBERDADE PROVISÓRIA – CRIME HEDIONDO – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA.

Ressalvada a competência do Júri para julgamento do crime doloso contra a vida seu processamento, até a fase de pronúncia, poderá ser pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em atenção à Lei 11.340/2006.”

No que se refere à ofensa ao princípio da igualdade, tem-se, como exemplo, a decisão da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que declarou a constitucionalidade da Lei, haja vista que ela atende ao princípio da igualdade material entre homens e mulheres, nos termos da ementa a seguir:

“APELAÇÃO CRIMINAL – LEI 'MARIA DA PENHA' – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – COMPETÊNCIA – ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 529/2007 – PROVIMENTO PARCIAL.

A política de repressão à violência contra a mulher, efetivada pela Lei 'Maria da Penha', está intimamente ligada à necessidade de concretização do princípio constitucional da isonomia, procurando diminuir a desigualdade de condições entre homens e mulheres na busca das dignidade da pessoa humana, diante do fato público e notório da quantidade de agressões sofridas pelas mulheres na intimidade doméstica. Nos termos do art. 1º da Resolução nº 529/07 deste Tribunal, é da competência da Vara Criminal a apreciação das matérias cíveis e criminais relativas à Lei 11.340/2006 enquanto não forem criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar.”

Assim tem-se a não violação do princípio da igualdade, pela Lei criada, pois essa distinção entre os gêneros é de suma importância para a situação social a que são sujeitas as mulheres, buscando diminuir as diferenças existentes entre os sexos.

Sendo assim, nos termos da ADC/19, os artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 são declarados constitucionais, por estarem em perfeita consonância com o ordenamento jurídico. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, em Plenário, por unanimidade, na data de 9 de fevereiro de 2012, in verbis:

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.”

3.2. Inconstitucionalidade da Lei frente ao Princípio da Isonomia

Independentemente da decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a constitucionalidade da lei, as discussões em relação ela não cessaram. O que torna a doutrina não uníssona, havendo renomados juristas defendendo posições antagônicas.

Vários juízes vêm suscitando sua inconstitucionalidade, e aplicando a norma, por analogia, a homens, como forma de sanar a possível violação ao princípio da isonomia, o que supostamente fere o objetivo da lei, a proteção ao sexo feminino.

Surge, então, uma discussão a respeito da seguinte desigualdade: a lei somente é aplicável em favor das mulheres, portanto, em tese, só seria cabível o deferimento de medidas protetivas aos ofensores. Assim como só seria possível

prender em flagrante pessoas agressoras de mulheres e no mais não poderiam esses sujeitos fazer uso das benesses da Lei 9.099/95, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Está firmado nesse ponto a nítida violação ao princípio fundamental, pois não existe nexos causal entre o fator discriminatório adotado e a desiquiparação procedida. Tem-se o exemplo da seguinte situação hipotética: um pai que espanca sua filha de 10 anos, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, pode ser preso em flagrante, será indiciado em inquérito policial, devendo ser decretadas medidas protetivas em seu desfavor, e não fará jus aos benefícios da Lei 9.099/95. De outra forma, se praticasse esse mesmo ato contra um filho de 10 anos, o autor não sofreria nenhuma das punições acima relatadas, porém responderia por maus tratos, lesão corporal, além de punições do ECA, sanções essas previstas na Lei penal comum, assim demonstrando uma grande disparidade na aplicação da penalidade

Ademais, a inconstitucionalidade da Lei também é defendida por alguns devido ao art. 1º da norma, defensor da mulher quando essa sofre agressões, ir de encontro ao art. 226, §8º da Constituição Federal, o qual pugna pela assistência estatal de todos os integrantes da família.

Assim entende Carvalho⁶² pela inconstitucionalidade da norma, tendo em vista que o disposto no art. 226, §8º da Carta Magna, afirma que o Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, assim percebe-se a promessa constitucional não ter sido integralmente realizada, pois somente criou a proteção ao sexo feminino.

Logo, concluiu que a criação e aplicação da Lei Maria da Penha gera ampla desigualdade na entidade familiar, visto não poder o homem figurar como sujeito

⁶² CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **O novo fundamento para a decretação da prisão preventiva: a distinção de gênero como um dos pressupostos.** In Mello, Adriana Ramos de (Org). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

passivo de violência doméstica e nem ser beneficiário das benesses da norma, o que destaca um distinto tratamento às partes que estariam em situação de igualdade.

Esse é o entendimento de Cunha e Pinto⁶³, in verbis:

“Como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura 'politicamente correta', a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação da casta feminina”.

Em outra situação, ocorre nos dias de hoje, casos em que a mãe comete lesão corporal leve em seu filho menor, ou a neta que faz o mesmo com o avô idoso. Nesses casos não poderá ser decretada a prisão preventiva, pois o art. 313, I, do Código de Processo Penal, somente admite a prisão preventiva a crimes apenados com reclusão, o que não acontece na lesão leve. Mas uma mesma situação, entretanto que venha a ser praticada pelo irmão contra uma irmã, ou o marido contra a mulher, caberá a prisão preventiva e todas as outras medidas dispostas na Lei 11.340/2006.

Destarte, as justificativas constitucionais para a diferença de tratamento criada. Consistem em outros meios de proteção às vítimas de violência doméstica, inclusive aquela específica ao sexo feminino, sustentando a inconstitucionalidade da norma.

Assim entende a doutrina minoritária que a idéia de criar uma lei que estabelece desigualdades somente em função do sexo, fere o princípio da igualdade.

3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424

⁶³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Com o objetivo de afastar a aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais (9.099/95) aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha, bem como para determinar que o crime de lesão corporal de natureza leve cometido contra mulher seja processado mediante ação penal pública incondicionada, o procurador-geral da República, Roberto Gurgel, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424), com pedido de medida cautelar, no Supremo Tribunal Federal em 04/06/2010. Sendo o relator o ministro Marco Aurélio, para o qual a ação foi distribuída por prevenção, já que é o relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19-3.

O pedido do procurador-geral fundamenta-se na necessidade de uma distinta interpretação da Lei 11.340/2006, em seus artigos 12, inciso I, 16 e 41, buscando paridade com a Lei Maior.

O autor da ação defende que a única interpretação compatível com a Constituição seria destituir a nova lei, e assim transformar o crime de lesão corporal de natureza leve, quando cometido contra a mulher, em ação penal pública incondicionada.

Caso contrário, ressalta a ADI, que a interpretação seria a da violação ao “princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais da igualdade, à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares”.

De acordo com Gurgel, a interpretação que condiciona à representação da vítima em relação ao crime supracitado, quando este é praticado em ambiente doméstico, gera para as vítimas “efeitos desproporcionalmente nocivos”, tendo em vista a demora dos procedimentos.

Defende ainda que no caso de violência doméstica, tem-se, a um só tempo, grave violação a direitos humanos e expressa previsão constitucional de o Estado coibir e prevenir sua ocorrência, logo resta claro que a opção constitucional não se trata de mera questão privada.

No entanto, tudo o que foi defendido e argumentado pelo autor da ADI 4424, foi desconsiderado no julgamento, do dia 17 de fevereiro de 2012. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006 trata-se de norma constitucional, pois em nenhuma das questões levantadas conseguiu-se provar a sua inconstitucionalidade.

Desse modo proferido por unanimidade a Lei e os artigos que a acompanham são absolutamente legais, assim desmistificando qualquer tentativa de inconstitucionalidade proposta.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha sempre foi objeto de discussão e dúvidas por parte dos acadêmicos de direito, frente às peculiaridades desse diploma legal. A nova redação da Lei nº 11.340/2006, propôs inúmeras alterações no sistema penal e processual penal que despertaram questionamentos relevantes sobre sua constitucionalidade.

Casos ocorridos e divulgados, pesquisas e trabalhos relacionados à agressão familiar, além de dados estatísticos da violência doméstica demonstram que a maioria dos sujeitos no pólo passivo de uma relação e que sofrem violência doméstica é do sexo feminino. Fragilidade aderida ao gênero que o torna super protegido frente à sociedade, fazendo-se necessário a criação de leis específicas de prevenção, como a Lei Maria da Penha.

Em decorrência da entrada em vigor da norma específica surgiram duas correntes doutrinárias, com posicionamentos contrários, sendo uma delas pautada na possibilidade de interpretação do princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, por meio da interpretação hermenêutica, buscando assim a sua verdadeira essência e não apenas a redação escrita. De outro lado, a corrente minoritária sustenta a inconstitucionalidade da norma visando à probabilidade de a lei ser suscitada a ambos os sexos, o que aclamaria a vedação da norma frente à discordância ao Princípio da Isonomia previsto na Carta Magna.

A discordância entre as duas vertentes demonstra a importância de análise minuciosa, buscando o melhor entendimento de ambos os posicionamentos, e em consequência a correta aplicabilidade da lei, caracterizando sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, pois, afinal, a alteração não é apenas corriqueira no sistema penal, mas sim de grande relevância social.

De fato, a Lei Maria da Penha foi uma resposta às incansáveis lutas dos movimentos em defesa das mulheres, bem como o atendimento à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e à Convenção

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A norma especial pretende erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, respeitando os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Assim, a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 não surgiu com o intuito de ser aplicada aos "cônjuges independente do sexo", como alguns acreditam, mas para a defesa da mulher vítima de violência doméstica e familiar, aduzido claramente pelo seu art. 1º.

Elucida o Supremo Tribunal Federal, em 9 de fevereiro de 2012, por decisão unânime, a procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/04 e a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006.

Dessa forma, atender-se-á o mandamento legal superior de coibir a violência no âmbito familiar, bem assim de assistir cada um dos membros da entidade familiar. Tal decisão da Suprema Corte sanou o vício de constitucionalidade material da norma e respeitando o princípio da igualdade, colocou-se fim às discussões intermináveis.

De outro lado, não restam dúvidas que apesar da decisão da Corte Superior muito ainda deve ser feito pelos direitos femininos.

Por fim os institutos do Princípio da Igualdade e proteção aos entes familiares, sempre deixarão a desejar, tendo em vista as constantes mudanças sociais. Afinal, qual seja a posição doutrinária ou jurisprudencial sobre a constitucionalidade da lei sempre haverá um grande dilema sobre a compatibilidade com os princípios da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido a Lei aplicada possibilita infinitas reflexões sobre a formação de uma classe feminina fortificada em que as mulheres estarão amparadas e com vistas a restaurar as injustiças pleiteadas pela dominação do sexo masculino.

REFERÊNCIAS

ALUSTAU, Andrea Bezerra Pequeno de. **Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.apmp.org.br/index.php/artigos/301>>. Acesso em 22 maio 2009.

ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência Doméstica: versus a Hierarquia Normativa e o Princípio Constitucional da Isonomia. **Consulex: Revista Jurídica** - v.6 n.253 jul. / 2007.

BASTOS, João José Caldeira. **Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica**. Disponível em: <<http://www.jus2.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em set. 2009.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. p. 132.

BUZAGLO, Samuel Auday. Considerações sobre a lei de violência doméstica ou Lei Maria da penha: **Carta Mensal** – rio de janeiro, v.53, n.627, jun. 2007.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **O novo fundamento para a decretação da prisão preventiva: a distinção de gênero como um dos pressupostos**. In Mello, Adriana Ramos de (Org). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. **A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em 09 ago. 2009.

CUNHA, Renha Martins Ferreira da. Análise da constitucionalidade da lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha: lesão ao Princípio da igualdade. São Paulo: **Revista IOB de direito penal e processual penal** - v.9 n.57 ago. / set. 2009.

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

DE JESUS, Damásio. **Direito Penal - Parte Geral** – 10. ed.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher/maria berenice dias.** - 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: editora revista dos tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** 26 ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi...posso contar/Maria da Penha** - Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação em favor de homem.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 05 ago. 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 6. ed., rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. São Paulo - **Revista brasileira de ciências criminais** - v.16 n.71 mar. / abr. 2008.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar atualizado.** – Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MACHADO, Gustavo Silveira. Lei Maria da Penha: avanço necessário, mas ainda insuficiente. Brasília - **Cadernos Aslegis** - n.38 set. / dez. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; BIANCHINI, Aline. Lei de violência doméstica e familiar contra mulher (Lei Maria da Penha) constitucionalidade e convencionalidade. **Revista Forense** - v.105 n.402 mar. / abr. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. Atualizada até a EC nº 52/06 – Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Alexandre de Moraes. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2007. p. 693.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O Princípio da igualdade no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PINTO JUNIOR, Antonio Augusto. **Violência sexual doméstica contra meninos: um estudo fenomenológico**. São Paulo: Vetor, 2005.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. **Artigo Lei Maria da Penha: Inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela** – TJ/MG, AC 1.0672.07.234359-9/001 (1).

POUSO, Renata Gonçalves Pereira Guerra. **Interpretação da Lei Maria da Penha**. São Paulo - Direito Público - v.5 n.23 set. / out. 2008.

PORTELA NETO, Francisco Jose. Ate que ponto iguais, até que ponto diferentes: discussão sobre a igualdade e a Lei Maria da Penha. Salvador - **Revista do CEPEJ** - n.10 jan. / jun. 2009.

RABELO, Sofia Miranda. **O Ideal Da Igualdade Entre Homens E Mulheres E Os Reflexos No Direito**. Disponível em: <<http://www.ioonlinejuridico.com.br>>. Acesso em: 7.5.2008.

RIBEIRO, Wanderley. Violência doméstica. **Administração em revista** - n.7 jan. / jun. 2004.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro : Lumen Juris , 2001.

ROCHA, Sandro Caldeira Marron da; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Estudos sobre as novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos: (Lei 11.340/2006 e 11.343/2006): doutrina e legislação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODHOLFO. João. **União Homoafetivas e a Lei Maria da Penha**. Disponível em <<http://www.nalei.com.br/blog/2008>>. Acesso em 08 set. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Comentários a lei de combate a violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais**. 2º edição - Curitiba : Juruá , 2008.