

GILBERTO JOSÉ DOS PASSOS JÚNIOR

**LESÃO CORPORAL NA LEI MARIA DA PENHA:
PONDERAÇÕES SOBRE A (IN) CONDICIONALIDADE
PERSECUTÓRIA**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de pós-graduação “Direito e Jurisdição” pela Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA/DF

Orientador: Juiz Marcio Evangelista Ferreira da Silva

**BRASÍLIA
2013**

Agradeço à minha amada Fabiana César, pela compreensão e carinho habituais.

Agradeço, ainda, ao querido amigo Gustavo Machado Milhomem, pela colaboração na pesquisa bibliográfica sobre o tema deste trabalho.

Agradeço, por fim, ao Dr. Marcio Evangelista Ferreira da Silva, pela inestimável atenção a mim dispensada durante a elaboração desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão referente à natureza da ação penal decorrente de lesão corporal praticada contra a mulher, no contexto da violência doméstica e familiar. Para atingir a finalidade a que se propõe, realizou-se breve análise histórico-sociológica da violência doméstica contra a mulher para, em seguida, se examinar os instrumentos jurídicos existentes, no âmbito internacional e interno, para a tutela dos interesses das mulheres ofendidas, culminando-se com o cotejo dos argumentos pró e contra a incondicionalidade da ação penal decorrente de lesão corporal praticada contra a mulher em ambiente doméstico e familiar, optando-se, ao final, pela condicionalidade da ação penal à representação da ofendida como melhor forma de se tutelar os interesses das vítimas de violência doméstica.

Palavras-chaves: violência doméstica – ações afirmativas – lesão corporal – ação penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 A LEI MARIA DA PENHA COMO AÇÃO AFIRMATIVA DE PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	6
1.1 Igualdade material e aspectos histórico-sociológicos da violência doméstica contra a mulher	6
1.2 Instrumentos jurídicos de proteção aos direitos da mulher brasileira	13
1.3 Ações afirmativas de proteção às mulheres brasileiras	16
2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E O “CASO MARIA DA PENHA”	20
2.1 Os tratados internacionais de proteção aos direitos da mulher.....	20
2.2 O “caso Maria da Penha” e a edição da Lei n. 11.340/2006	24
2.3 Reflexos da Lei Maria da Penha no sistema jurídico brasileiro	26
2.4 Estatísticas de violência doméstica contra a mulher, no Brasil.....	31
3 A NATUREZA DA AÇÃO PENAL DECORRENTE DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE E CULPOSA ANTES E APÓS O JULGAMENTO DA ADI 4424 E DA ADC 19.....	34
3.1 Polêmica com a edição da Lei nº 11.340/2006.....	34
3.2 O entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4424 e da ADC 19	36
3.3 O entendimento destoante e o amparo doutrinário para a discordância.....	38
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A estruturação do presente trabalho partiu de uma inquietação surgida com o contato profissional com processos em trâmite perante o 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília, no que concerne ao tratamento conferido aos feitos em que há o relato da prática do crime de lesão corporal de natureza leve, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424-DF e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19.

O trabalho foi realizado a partir da revisão bibliográfica existente sobre a violência doméstica no Brasil.

Apresentada em 3 capítulos, a monografia se inicia com o capítulo denominado “A Lei Maria da Penha como ação afirmativa de proteção à mulher vítima de violência doméstica” em que se buscou realizar breve esboço histórico e sociológico da subjugação feminina na sociedade brasileira e de como a Constituição de 1988, atendendo aos movimentos feministas do Século XX, encampou a proteção da mulher conferindo a essa pauta a necessária importância para se implantarem ações afirmativas com esse objetivo.

No segundo capítulo, com esteio nas normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil procurou-se demonstrar a coerência do surgimento da Lei Maria da Penha no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos nos âmbitos cível, penal e de família.

Por fim, no terceiro capítulo, a natureza da ação penal por lesão corporal praticada contra a mulher em ambiente doméstico e familiar foi tratada, especificamente, procurando-se contrapor ao entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal os argumentos que fundamentam o posicionamento da condicionalidade da referida ação penal à representação da ofendida.

Assim, o trabalho foi realizado com uso da Dogmática Instrumental, utilizada para que as diversas abordagens técnicas já existentes pudessem auxiliar na resolução do problema prático de se saber qual a natureza mais adequada da ação penal por lesão corporal leve cometida contra a mulher em ambiente familiar. Com esse propósito, insta citar Eduardo C. B. Bittar para quem a dogmática jurídica “*visa a propor estudos pormenorizados, aprofundados e verticalizados sobre temas de atualidade e relevância para*

a melhor instrumentalização das práticas jurídicas”¹. Dessa forma, foram úteis as contribuições teóricas existentes acerca do tema como tentativa – não definitiva ou exaustiva – de resolução dos problemas práticos que ele suscita.

¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.155-156.

1 A LEI MARIA DA PENHA COMO AÇÃO AFIRMATIVA DE PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

1.1 Igualdade material e aspectos histórico-sociológicos da violência doméstica contra a mulher

A garantia constitucional de igualdade entre os cidadãos é resultado da adoção pelo constituinte originário brasileiro do princípio isonômico como elemento estruturante do regime geral dos direitos fundamentais² ali elencados. Essa opção legislativa não poderia ter sido diferente pela congruência de uma série de fatores, principalmente o momento histórico afetado pela consciência da necessidade de se consolidar uma sociedade democrática em celebração ao fim do regime ditatorial cujo ocaso foi o início dos anos oitenta.

Em breve retrospectiva histórica, observa-se que o denominado Estado Liberal, também chamado Estado Mínimo ou Absenteísta, caracterizava-se pela não intervenção estatal nas esferas econômica e social, limitando-se à fiscalização do livre e normal desenrolar das atividades de produção. Nem mesmo os abusos e as iniquidades cometidos nessa época eram capazes de “*estimular no aparelho do Estado, uma resposta apta a solucionar os graves conflitos resultantes das relações sociais*”³.

Nesse período histórico, segundo Ana Paula de Barcellos, a única Nação que considerava a Constituição como norma jurídica hierarquicamente superior em seu ordenamento era os Estados Unidos da América, com a Carta de 1787, em contraponto à Europa que, até meados do século XX, produzia constituições como meras normas dirigidas a seus poderes constituídos, em especial ao Poder Legislativo. Os únicos direitos garantidos, segundo a autora, eram os individuais que se prestavam a limitar a atuação do Poder Executivo e, por isso, “*a Constituição não era uma norma jurídica como as demais; o acesso a ela não estava franqueado aos indivíduos e ao juiz*”⁴.

Por sua vez, os direitos humanos, no Estado Liberal, eram rigidamente limitados, porque vistos como adversários dos poderes públicos. O ideário da burguesia

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.426.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 319-4. Ementa: [...] Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, 3 mar. 93. DJ de 30.04.1993, p. 72.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.14.

ascendente norteava o pensamento que apregoava que o bem comum seria atingido se cada indivíduo pudesse perseguir de forma egoística os seus interesses privados, consistindo a prestação estatal em uma mera abstenção⁵.

Em decorrência dessa inércia Estatal, falha por se recusar a permitir uma igualdade efetiva entre seus administrados e, assim, por negar-lhes repetidas vezes a plenitude da dignidade humana, surgiram situações que maculam a história do homem civilizado, dentre elas o nazismo de Hitler e “*sua constrangedora convivência formal com a Constituição de Weimar de 1919*”⁶.

A gênese de uma nova aspiração quanto ao princípio isonômico observou-se na metade do século XIX e primeira metade do século XX quando se atentou para a necessidade da concessão de novos direitos aos cidadãos em virtude da percepção de que a igualdade que se tinha até então era meramente formal e nela os governos não mais poderiam se basear. Passou-se a cobrar do Estado uma posição pró-ativa que deveria garantir o desenvolvimento equânime da sociedade ainda que com alguma ingerência estatal, sem, contudo, adotar-se novamente o dogma absolutista⁷.

Como resultado dessa incompatibilidade constitucional com os anseios que surgiam, houve a necessidade de enfrentamento dos graves problemas sociais e econômicos trazidos pelo impacto da industrialização, tendo as mobilizações realizadas alcançado o reconhecimento paulatino dos “*direitos de prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho [...] revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas*”⁸.

Todos esses direitos, classificados pela doutrina constitucional como direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão)⁹, nasceram atrelados ao princípio da igualdade no seu sentido material, mas já haviam sido contemplados, porém não efetivados

⁵ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-252.

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23.

⁷ PISCITELLI, Rui Magalhães. Desigualmente iguais. **Revista da Advocacia-Geral da União**. Brasília: Escola da AGU, n. 8, dez./2005, p. 141.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.55-56.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.5556.

por outras constituições, inclusive a Brasileira de 1824, embora essa Lei Fundamental tenha feito mais referência à equidade do que propriamente à igualdade¹⁰.

Esses novos direitos, de caráter eminentemente prestacional, foram positivados pelo Estado Social com o intuito de se garantirem “*as condições materiais básicas para a população e de promoção da igualdade material*”.¹¹

Assim, a adoção do princípio da igualdade como elemento basilar pelo constituinte de 1988 foi resultado da imposição histórica de que os direitos elementares dos cidadãos fossem protegidos de qualquer ingerência estatal na aplicação e elaboração do Direito e, embora muitos defendam uma suposta crise do Estado Social, há que se reconhecer que, se um de seus objetivos era efetivar as prestações sociais a seu cargo, o mesmo ainda não foi alcançado.

Daniel Sarmento, comentando uma provável crise do Estado Social afirma que, dentre uma série de fatores possíveis para tal fato estão a escassez de recursos, ocasionada pelo surgimento descontrolado de demandas reprimidas, “*o enfraquecimento dos Poderes Públicos em razão da globalização econômica, a ineficiência associada ao gigantismo da máquina burocrática, dentre outros*”. Para o autor, hodiernamente, a idéia que se formou do Estado como meio hábil à emancipação social das classes menos favorecidas perdeu a força que tinha e, ainda, a queda do Muro de Berlim provocou o desprestígio da “*ideologia que propugnava pelo Estado máximo*”.¹²

Por outro lado, o mesmo autor reconhece que esse “desmantelamento” do Estado Social não deve significar “*o abandono dos ideais humanitários de igualdade substantiva, liberdade material e solidariedade*” e, nesse mesmo sentido, propõe o enfrentamento desse quadro político renovando-se as estratégias já existentes e elaborando-se outras de modo que a igualdade formalmente constituída seja efetivada pelo que ainda restou de Estado social-democrático.¹³

¹⁰ MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: MARTINS, I.G.S. (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 37.

¹¹ SARMENTO, D. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252-252.

¹² SARMENTO, D. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252-253.

¹³ SARMENTO, D. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252-253.

Necessário, pois, visualizar-se a Constituição brasileira de 1988 como um sistema aberto de regras e princípios, cujo conteúdo permite a alteração da percepção acerca do princípio da igualdade. Assim, prevista nas constituições anteriores como algo estático, negativo e formal, a igualdade se apresenta, na nova Lei Fundamental, sob uma perspectiva dinâmica, positiva e material. O Brasil adotou como princípio fundamental e um de seus objetivos, “*construir uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV)*”. Ademais, adotou de modo expreso a possibilidade de serem formuladas ações afirmativas para a tutela dos interesses de mulheres e pessoas com deficiência, como disposto no art. 7º, inc. XX e art. 37, VII da Constituição de 1988.¹⁴

Uma vez elaborada a norma e estando ela apta à produção de efeitos, o princípio da igualdade transmuda seu foco de atuação e passa a vincular os atos dos outros poderes estatais e também as relações entre os particulares. A Administração Pública, entendida como as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que dispõem de poderes públicos, deve pautar seus atos no respeito ao princípio da igualdade e também nos demais direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à ampla defesa, para que não se tornem nulos os atos por ela praticados, eventualmente ofensores “*ao sistema desses direitos*”.¹⁵

Especificamente quanto às mulheres, no âmbito infraconstitucional, algumas tentativas de implementar a igualdade material pode se citada a edição da Lei n. 9.100/95, que estabeleceu “*uma cota mínima de 20% das vagas de cada partido ou coligação para a candidatura de mulheres*”, norma que foi alterada, posteriormente, pela Lei n. 9.504/97, dispondo “*que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo*”.¹⁶

Nessa ordem de ideias, a violência doméstica praticada contra a mulher, para ser bem compreendida, também necessita de análise multidisciplinar e relacional. Nesse sentido, o aspecto histórico-sociológico contribui sobremaneira para o entendimento do assunto e de sua complexidade, chegando a se afirmar, como o fazem as sociólogas Lourdes Bandeira e Ana Liési Thurler, que o tema pode ser compreendido pelo que ainda há de estrutura patriarcal na sociedade brasileira, pelas peculiaridades da violência doméstica contra

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 128.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

a mulher e, ainda, em razão dos atos de combate e resistência de cunho feminista contra esses atos de violência¹⁷.

O patriarcado é tido, pois, como *"um sistema de autoridade e dominação"* responsável por estruturar as relações domésticas entre homem e mulher, na sociedade brasileira, em que o patriarca é *"encarnado pelo homem-pai"*, mesmo nos dias atuais.¹⁸

Em referência às estruturas do patriarcado elencadas por Sylvia Walby, as autoras Lourdes Bandeira e Ana Liési Thurler registram que, em sua essência, o patriarcado atribui às mulheres as tarefas atinentes ao trabalho doméstico, enquanto que as demais atividades de trabalho remunerado, devem ser desenvolvidas pelos homens na esfera pública, porque necessárias determinadas *"qualidades"* e *"habilidades"*, razão pela qual os melhores postos de trabalho e, conseqüentemente, melhor remunerados, historicamente foram conferidos aos homens. Ademais, o patriarcado se assentaria, ainda, em relações patriarcais encontradas no interior das próprias instituições do Estado, além de ser resultado das manifestações da violência masculina. E mais, também estruturar-se-ia *"nas relações patriarcais expressas na prática da sexualidade"*, conquanto esta última seria vista como mais uma obrigação conjugal equiparada à realização dos serviços domésticos. Como se não fosse suficiente, também a cultura estaria imbuída de referenciais masculinos que se tornaram universalizados¹⁹.

Não se pode olvidar que ainda existem mulheres em situação de dependência econômica em relação a seus companheiros, o que faz com que permaneçam nessas relações em que o homem, enquanto *"provedor-chefe"*, se vê autorizado a impor regras que resultam na sujeição pessoal e na obediência desmesurada²⁰.

A subjugação feminina, nos casos em que a relação de poder é exercida pelo homem, verifica-se no exercício do controle sob formas diversas: *"a respeito das vestimentas, das amizades, dos gastos pessoais, prescrevendo certas práticas sexuais, atitudes e*

¹⁷ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 159.

¹⁸ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 160.

¹⁹ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 160-161.

²⁰ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 161.

*comportamentos, acentuando as hierarquias e as práticas de dominação de todos os gêneros*²¹.

As especificidades da violência contra a mulher é elemento, pois, que não se pode perder de vista. É sabido que o objetivo maior da violência contra a mulher em ambiente doméstico consiste em afirmar e reafirmar o controle que a figura masculina pretende, nesse contexto, perpetuar. Os atos de violência, reiterados que são, resultam na deturpação do que a vítima entende por violência, passando a achá-los normais, o que torna esse tipo de agressão mais eficaz²². Nesse sentido:

(...) a especificidade das práticas de violência contra a mulher é lhes deixar bem explicitado quem é o detentor da autoridade no espaço doméstico-familiar e que a "sua" mulher deve estar submetida a tais normas, sabendo, inclusive, que a qualquer momento poderá prestar contas a seu marido/companheiro, caso ele assim o desejar.²³

Como resultado, a violência chega a ser, até mesmo, negada ou dissimulada, tendo em vista ter se tornado algo "normal" no contexto vivido, introduzindo os sentimentos de medo e insegurança nas vítimas, além de afetar consideravelmente a auto-estima das mulheres e provocar uma queda em sua qualidade de vida em razão das lesões físicas, psíquicas e morais sofridas²⁴.

Em cotnraponto, os atos contrários à violência secularmente perpetrada contra as mulheres, também chamados de "*resistência feminista*", iniciaram-se, no Brasil, durante a ditadura militar, quando o movimento feminista brasileiro se incumbiu de efetuar denúncias acerca das práticas de violência contra mulheres, bem como de apresentar diversas reivindicações²⁵.

É nesse sentido que Myllena Calazans de Matos e Iáris Cortes relatam:

²¹ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 161.

²² BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 164.

²³ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 164.

²⁴ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 165.

²⁵ BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 165.

Na década de setenta, quando grupos de mulheres foram às ruas com o slogan **quem ama não mata**, levantou-se de forma enérgica a bandeira contra a violência, sendo este tema incluído na pauta feminista como uma de suas principais reivindicações. Grupos foram formados, manifestações foram feitas e a luta para ver punidos os assassinos foram iniciadas. Um dos casos mais emblemáticos daquela época foi o de Doca Street, que assassinou sua companheira e no Tribunal do Júri alegou "legítima defesa da honra", alegação até hoje usada por advogados que tentam livrar assassinos da punição. (grifo no original)²⁶

Contudo, as primeiras ações governamentais em prol do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher se iniciaram apenas na década de oitenta, quando foi criada a primeira Delegacia Especializada em Atendimento a Mulher, em 1985²⁷. A propósito, de acordo com pesquisa realizada em 2001, o Brasil contava com apenas 307 dessas delegacias, com a maior concentração no estado de São Paulo (40,7%) e em Minas Gerais (13%).²⁸

Com o passar dos anos, embora o movimento feminista tenha adquirido destaque durante a década de noventa, não foi possível, ainda naquela década, a elaboração de texto normativo que permitisse o efetivo combate à violência doméstica contra a mulher, muito embora o trabalho de inserção feminina em outras áreas tenha se iniciado após a Constituição de 1988, como mencionado anteriormente.

A edição da Lei 9.099/95 para tratar dos denominados "crimes de menor potencial ofensivo" constituiu-se em severo revés à causa feminista, na medida em que o estímulo à conciliação entre as partes envolvidas, típico da nova legislação, fortaleceu a sensação de impunidade aos crimes cometidos em ambiente doméstico. Com efeito, o resultado da aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos casos de violência doméstica contra a mulher pode ser assim reproduzido:

Cerca de 70% dos casos que chegavam aos juizados especiais tinham como autoras mulheres vítimas de violência doméstica. Além disso, 90% desses casos terminavam em arquivamento nas audiências de conciliação sem que as mulheres encontrassem uma resposta efetiva do poder público à violência sofrida. Nos poucos casos em que ocorria a punição do agressor, este era geralmente condenado a entregar uma cesta básica a alguma instituição filantrópica. Os juizados especiais, no que pese sua grande contribuição para a agilização de processos criminais, incluíam no mesmo bojo rixas entre motoristas ou vizinhos, discussões sobre

²⁶ DE MATOS, M.C.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.

²⁷ DE MATOS, M.C.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.

²⁸ DE JESUS, Damásio. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei 11.340/2006**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

cercas ou animais e lesões corporais em mulheres por parte de companheiros ou maridos. Com exceção do homicídio, do abuso sexual e das lesões mais graves, todas as demais formas de violência contra a mulher, obrigatoriamente, eram julgadas nos juizados especiais, onde, devido a seu peculiar ritmo de julgamento, não utilizavam o contraditório, a conversa com a vítima e não ouviam suas necessidades imediatas ou não.²⁹

Não foi sem razão, portanto, que os movimentos feministas continuaram se empenhando na elaboração de pesquisas e até mesmo de um projeto de lei que contribuísse para a erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, não se restringindo às questões de cunho penal, mas alcançando, também, *"todos os órgãos governamentais responsáveis pela segurança, educação, saúde, entre outros"*³⁰.

Nesse intento, deve-se conferir merecido destaque ao “Consórcio de ONGs Feministas para Elaboração de Lei Integral de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres”³¹, cujos trabalhos se iniciaram em julho de 2002, cessando, em conjunto, apenas com a promulgação da Lei 11.340/2006.³²

1.2 Instrumentos jurídicos de proteção aos direitos da mulher brasileira

É cediço, portanto, que, no Brasil, a transição da ditadura para a democracia e a institucionalização dos direitos humanos teve como marco jurídico a própria Constituição de 1988, cujo texto rompeu com o regime militar, objetivando o resgate do Estado de Direito, da separação dos poderes, *"a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana"*³³.

A Carta Política de 1988, dentre todas as pretéritas constituições adotadas pelo País, foi *"a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares"*³⁴. O movimento

²⁹ DE MATOS, M.C.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42.

³⁰ DE MATOS, M.C.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42.

³¹ Integraram o consórcio as organizações: CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria; ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos; AGENDE – Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento; CEPIA – Cidadania, Estudos, Pesquisa, Informação, Ação; CADEM/BR – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher; e THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.

³² DE MATOS, M.C.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

feminista, inclusive, conseguiu assegurar a inclusão de diversas garantias aos direitos constitucionais das mulheres, dentre os quais podem ser enumerados:

a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, regulamentado pelas Leis n. 8.971, de 29-12-1994, e 9.278, de 10-5-1996); c) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei n. 9.029, de 13-4-1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); d) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei n. 9.799, de 26-5-1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); e) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12-1-1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); f) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, tendo em sido prevista a notificação compulsória, em território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, nos termos da Lei n. 10.778, de 24-11-2003).³⁵

O legislador constituinte atribuiu ao Estado brasileiro a obrigação de assegurar que a família, representada por cada um dos membros que a compõem, obtenha a assistência necessária, inclusive por meio de mecanismos que coibam "*a violência no âmbito de suas relações*". Essa é, pelo menos, a disposição do art. 226, § 8º, da Carta Política de 1988. Trata-se de norma genérica que tutela os interesses não apenas da mulher, mas de todos os membros familiares, inclusive em todas as espécies de entidades familiares, a teor do que consignado nos parágrafos 3º e 4º do mesmo art. 226, *in verbis*³⁶:

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nesse sentido, o texto constitucional demanda do Estado a adoção de políticas públicas que frustrem a prática de violência doméstica e familiar contra quaisquer

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

³⁶ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 13-14.

peessoas, prestigiando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, também fundamento do Estado Democrático de Direito³⁷.

A Constituição de 1988 iniciou, no Brasil, um período de vasta produção legislativa atinente a normas de proteção aos direitos humanos, *"ao que se conjuga a crescente adesão do Brasil aos principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos"*, inclusive com a ratificação dos mais importantes acordos internacionais para a tutela desses direitos.

Um dos importantes resultados advindos da produção e ratificação, pelo Brasil, de acordos internacionais sobre os direitos humanos das mulheres é o de estimular as transformações internas, inspirando e orientando os movimentos feministas brasileiros. Podem, nesse sentido, ser mencionados os seguintes documentos internacionais: a) Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de 1979; b) Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993; c) Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994; d) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994; e e) Declaração e Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim de 1995.³⁸

Com a ampliação das estratégias dos movimentos feministas para a cobrança da implantação, pelo Governos, de medidas relacionadas à agenda internacional sobre os direitos humanos das mulheres, tornou-se possível foi possível a institucionalização desses direitos, no Brasil, influenciando o discurso político brasileiro e desencadeando a adoção de políticas públicas, especialmente as relacionadas à saúde sexual e reprodutiva, bem como as atinentes a direitos trabalhistas, previdenciários, políticos, civis e, ainda, os atinentes à violência de gênero.³⁹

No entanto, apesar dos progressos obtidos no âmbito constitucional e internacional, com evidentes reflexos sobre a produção legislativa de ordem infraconstitucional, há quem diga que *"ainda persiste na cultura brasileira uma ótica sexista e discriminatória com relação às mulheres, que as impede de exercer, com plena autonomia e dignidade, seus direitos mais fundamentais"*.⁴⁰

³⁷ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 15.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224-226.

1.3 Ações afirmativas de proteção às mulheres brasileiras

Reside no campo ético a percepção de que o outro é também “*um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver suas potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena*”. Nesse sentido, os direitos humanos foram construídos ao longo da história da humanidade, em que se verificaram avanços, mas também muitos revezes.⁴¹

Em um primeiro momento, a proteção dos direitos humanos expressava, em verdade, a existência de um “*temor da diferença*”, em que “*a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos*”. Com esse fundamento, inclusive, é que se pretendiam justificar escravidão e nazismo, por exemplo. Ocorre que mesmo sob a invocação da igualdade formal e, por isso, “*geral, genérica e abstrata*”, verificou-se ser insuficiente à proteção efetiva dos direitos humanos.⁴²

Nessa ordem de idéias, o sujeito de direito “*passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades*”, demandando “*uma resposta específica e diferenciada*” aos atos de violação dos direitos humanos dos grupos mais vulneráveis, tornando-se a diferença fator de proteção de direitos e não de destruição de direitos.⁴³

Por essa razão, devem ser observadas as peculiaridades e especificidades de mulheres, crianças e afrodescendentes, dentre outras minorias vulneráveis, na medida em que o direito à diferença também deve ser concebido como um direito fundamental que, somado ao direito à igualdade material e ao de reconhecimento de identidades, integra “*a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano*”⁴⁴. Nesse sentido, é bastante clara a observação de Flávia Piovesan:

A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.⁴⁵

A igualdade material, portanto, somente pode ser atingida a partir do entendimento acerca da diferença, estando esta última devidamente dissociada do conceito de desigualdade. Assim, em âmbito internacional, a Convenção sobre a Eliminação de todas as

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

⁴² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**.3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.

Formas de Discriminação Racial, de 1965, estabeleceu, em seu art. 1º, conceito de discriminação que, posteriormente, exerceu forte influência na definição da discriminação contra a mulher, por ocasião da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1979, podendo ser assim resumido: “*a discriminação ocorre quando somos tratados igualmente, em situações diferentes; e diferentemente, em situações iguais*”.⁴⁶

A implementação de ações afirmativas constitui, pois, a vertente promocional dos direitos humanos no combate à discriminação que, combinada com a “*vertente repressiva-punitiva*”, visa acelerar “*a igualdade enquanto processo*”. É por meio dessas ações que se pretende fomentar “*a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais*”, pretendendo-se, assim, “*garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação*”.⁴⁷

As ações afirmativas de proteção à mulher foram previstas já na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, estabelecendo em seu art. 4º “*a possibilidade de os Estados-partes adotarem ações afirmativas, como medidas especiais e temporárias destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres*”. A adoção dessas ações com vistas a que as mulheres sejam efetivamente integradas à educação, economia, política e emprego foi reforçada, ainda, pelas Recomendações Gerais n. 5 e 25 do Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher, recomendando-se, ainda, que os programas de ações afirmativas sejam elaborados, aplicados e avaliados com a participação das “*mulheres em geral*” e dos “*grupos de mulheres afetados*”.⁴⁸

Por outro lado, há que se mencionar, também, posicionamento existente em sentido contrário à adoção das ações afirmativas no que tange às questões de gênero, porquanto seriam elas responsáveis pelo surgimento de uma discriminação reversa, que deveria ser do mesmo modo combatida. São essas as observações de Isaac Sabbá Guimarães e Rômulo de Andrade Moreira:

Como é sabido, ação afirmativa tem o sentido de promover a inclusão de determinados segmentos sociais, tidos como minorias e que sofrem defasagens de oportunidades em relação a outros. A mulher, contudo, está inserida no mercado de trabalho, possui direitos cidadãos, alçou destaque na política e nas mais altas posições do Estado, não nos parecendo, por isso, carente de mecanismos de inclusão. Mas, sim, especialmente no caso da mulher sevidiada, necessita de

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199-200.

organismos adequados para seu atendimento, tratamento e reinserção. O grande problema das políticas de ação afirmativa, é que elas, em vez de mitigarem eventuais discriminações sociais, contribuem para a criação de uma discriminação positiva. De forma que o segmento especialmente tutelado por elas, passa a ser visto como de inferior categoria. Uma nova forma, sem dúvida, de discriminação, que deve, a todo custo, ser evitada.⁴⁹

Há que se observar, no entanto, que existem situações especialíssimas em que o uso da discriminação é resguardado pelo Direito, legitimando-as, tendo em vista a inevitabilidade de sua utilização. Com base na razoabilidade, algumas categorias de pessoas são excluídas em virtude da especialidade de determinados tipos de atividades ou, ainda, pelas “características pessoais das pessoas envolvidas”⁵⁰.

São exemplos desse tipo de discriminação a exigência do sexo feminino para o cargo de guarda de presídio feminino e, também, a exigência do sexo masculino para a ocupação de certos cargos das Forças Armadas, muito embora o avanço tecnológico tenha afastado essa exigência paulatinamente, mitigando a necessidade da força física, anteriormente essencial.

De acordo com as bases teóricas da discriminação positiva, o sentido que se pretende dar ao tratamento dos chamados desiguais consiste em lhes proporcionar chances para que possam, um dia, serem tratados como a maioria igualada segundo os padrões sociais vigentes. A identificação do que é necessário ou não para ser considerado “igual” nas sociedades modernas passa por um critério subjetivo dependente do padrão sob o qual a diferença é identificada. É por isso que, para injetar pragmatismo e objetividade à discussão se adotam os critérios estatísticos dos institutos tecnicamente habilitados para aferir o nível de desenvolvimento dos variados grupos sociais.

Coaduna-se com essa postura o entendimento de Canotilho, para quem a igualdade material deve ser buscada:

(...) não significa que o princípio [da igualdade, formalmente considerado] não seja relevante nem seja correcto [sic]. Realça-se apenas o seu carácter tendencialmente tautológico, ‘uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais’. Assim, por exemplo, uma lei fiscal impositiva da mesma *taxa* de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao seu conteúdo, pois

⁴⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 26, nota n. 18.

⁵⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.21.

equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar.⁵¹

Uma vez verificada a necessidade de desigualação para que haja uma equiparação de oportunidades, é preciso que se estabeleçam os critérios a serem adotados nessa discriminação que é, por excelência, positiva, pois pretende uma ação Estatal com vistas a beneficiar determinados grupos populacionais necessitados.

Importante relevar que para que tenham o máximo conteúdo de justiça, essas intervenções estatais discriminatórias devem adotar critérios racionais que permitam alcançar a maior efetividade possível e, nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello anota que devem ser observadas três questões fundamentais:

(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁵²

Não obstante os posicionamentos destoantes tenham argumentos relevantes, certo é que a Lei 11.340/2006 surgiu no ordenamento jurídico com o objetivo de conferir vigência e aplicabilidade ao mandamento contitucional inserido no art. 226, parágrafo 8º da Constituição de 1988, consignando diretrizes e ações destinados a coibir os atos de violência doméstica em atenção aos direitos humanos tutelados constitucionalmente.⁵³

Nesse ponto, é necessário observar que, originariamente, tinha-se por ações afirmativas as políticas estatais de incentivo para que os entes das esferas pública e privada aptos a tomarem decisões quanto ao acesso ao ensino superior e ao mercado de trabalho, passassem a considerar os *“fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas”*.⁵⁴

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427.

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-22.

⁵³ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 143-144.

⁵⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.39.

Pois bem, o verbo afirmar, do latim *affirmo*, significa tornar (-se), ou fazer (-se) firme, estabelecer (-se), fixar (-se), consolidar (-se)⁵⁵. Nesse sentido, uma ação afirmativa pretende, através dos mecanismos estipulados por quem a institui, promover condições para que seus beneficiários tornem-se membros de posições dificilmente ocupadas por eles sem a intervenção afirmativa, que se firmem perante a sociedade, fixem seu espaço de atuação, competindo em pé de igualdade com a maioria opressora, e até mesmo defendendo-se, como é o caso das ações de combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher.

É partindo desses pressupostos que as ações afirmativas pretendem atuar e, nesse sentido, as justificativas teórica e empiricamente verificadas parecem autorizar a implementação dessas medidas, embora seja prudente reconhecer que, a não ser por problemas instrumentais, como por exemplo, a manipulação de dados estatísticos, elas são meios legítimos de materialização do princípio da igualdade ao terem como objetivo efetivar o direito constitucional das mulheres à integridade física e psíquica enquanto detentoras de iguais direitos em relação aos homens.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E O “CASO MARIA DA PENHA”

2.1 Os tratados internacionais de proteção aos direitos da mulher

No âmbito internacional, há uma miríade de instrumentos jurídicos que se prestam à tutela dos direitos humanos, pouco importando a nomenclatura que recebem, quer sejam tratados, convenções, pactos ou protocolos, dentre outros. Certo é que, no Brasil, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, essas normas adquiriram status de emendas constitucionais, desde que aprovadas, “*em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros*”, a teor do que dispõe o parágrafo 3º do art. 5º da CF/88.

⁵⁵ HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 104.

Com relação à novel disposição constitucional introduzida pela Emenda n. 45/2004, surgiram discussões quanto ao *status* dos tratados que versem sobre direitos humanos aprovados em data anterior à referida Emenda, vale dizer, se passaram ser considerados normas constitucionais ou continuariam sendo tidos por normas de caráter infraconstitucional.

Para alguns autores, a despeito de terem sido aprovados antes da Emenda n. 45, todos os tratados que versam sobre direitos humanos seriam dotados de natureza constitucional, razão pela qual o Congresso Nacional não fez ressalvas para a aprovação do texto que resultou no parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição, elevando-os, pois, “à categoria de dos tratados de nível constitucional”⁵⁶.

Por outro lado, autores da envergadura de Paulo Gustavo Gonet Branco, afirmavam peremptoriamente, inclusive em deferência ao posicionamento até então manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, que haveria, inclusive, uma discricionariedade para o Parlamento, o que autorizaria a aprovação de determinados tratados acerca de direitos humanos por quórum não qualificado, o que resultaria no ingresso dessas normas como pertencentes ao quadro infraconstitucional e, dessa forma, “os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais”.⁵⁷

No entanto, a questão atinente à natureza jurídica das normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos, indepedente do momento em que produzidos ou aprovados, restou pacificada pelo STF por ocasião do julgamento do RE 349703-RS, adotando a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos:

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.⁵⁸

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, p. 31.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216-217.

⁵⁸ Informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 549. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>>. Acesso em 1 dez 2012.

Uma vez assentada a natureza dos tratados sobre direitos humanos, convém registrar a observação de Carlos Roberto Husek:

Os tratados de Direitos Humanos, portanto, segundo a melhor interpretação, constituem-se em cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos por meio de emenda constitucional, isto é, resguardam os direitos e garantias individuais.⁵⁹

A propósito, convém destacar que a prevalência dos direitos humanos, princípio albergado pela Constituição de 1988 em seu art. 4º, inc. II era intenção do legislador constituinte, inclusive no que concerne às relações internacionais do Brasil.⁶⁰

Por essa razão, o Brasil tornou-se também signatário de diversos “acordos” internacionais de proteção aos direitos da mulher, uma vez que a realidade brasileira, absorvida pelo próprio texto constitucional, assim demandava. Dentre os principais documentos internacionais que visam proteger os direitos das mulheres podem ser destacados: a) Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; e b) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994.

Certo é que os tratados são, atualmente, a principal fonte do direito internacional, e já em 1969 foi elaborada a Convenção de Viena sobre o “Direito dos Tratados”, com o objetivo de constituir um “*regramento básico para a doutrina e jurisprudência internacionais dos direitos humanos*”⁶¹. O instrumento de ratificação da Convenção de Viena somente foi depositado pelo Brasil perante as Nações Unidas em 25 de setembro de 2009 e o texto do tratado introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 7030, de 14 de dezembro daquele ano.

No intuito de reafirmar o princípio da não-discriminação previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas adotou, em 18 de dezembro de 1979, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, por meio da Resolução n. 34/80, tendo sido assinada formalmente durante a segunda Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1980, em Copenhague, e sua vigência iniciada, em 3 de setembro de 1981, após ter sido entregue o vigésimo instrumento de ratificação. A assinatura do Brasil deu-se em 18 de dezembro de

⁵⁹ *Apud* KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 17.

⁶⁰ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 17.

⁶¹ LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro**. Campinas: Millennium, 2009, p. 40.

1979, mas a ratificação somente foi promulgada em 30 de março de 1984, por meio do Decreto n. 89.406.⁶²

Com a ratificação, formalizou-se o compromisso do Estado brasileiro em “evitar, de todas as formas possíveis, a discriminação contra a mulher, seja na esfera pública ou privada”, no claro intuito de que todos os esforços fossem envidados no sentido de “assegurar a igualdade de gênero e a melhoria na qualidade de vida das mulheres, além de instituir políticas públicas e observar as disposições previstas no Tratado”.⁶³

Mais recentemente, em 1999, a Assembléia Geral das Nações Unidas estabeleceu e adotou o chamado Protocolo Facultativo à Convenção, o qual recebeu também aprovação, no Brasil, entrando em vigor, em 28 de setembro de 2002, por meio do Decreto Legislativo n. 107/2002⁶⁴.

O Protocolo conferiu dois importantes mecanismos de monitoramento da efetividade na aplicação da Convenção ao permitir que mulheres ou grupos de mulheres possam peticionar diretamente ao Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, quando houver “esgotamento de todos os recursos da jurisdição interna, ou no caso de protelação por parte das autoridades responsáveis no país de origem”. Ademais, o Protocolo estabeleceu a possibilidade de que o mesmo Comitê realize investigações acerca de violações dos direitos das mulheres, no território do Estado, havendo o consentimento deste.⁶⁵

Elaborada durante evento da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi ratificada pelo Brasil, em 21 de novembro de 1995, tendo sido promulgada, posteriormente, pelo Decreto n. 1.973/96⁶⁶.

O Brasil se comprometeu, assim, a produzir leis em todos os ramos do direito, úteis à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, envidando esforços, ainda, para que tais medidas fossem implementadas. Necessária, também, a modificação ou revogação de leis e a supressão de práticas “jurídicas ou consuetudinárias

⁶² LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro**. Campinas: Millennium, 2009, p. 50-51.

⁶³ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 19.

⁶⁴ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 19.

⁶⁵ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 20.

⁶⁶ MOREIRA, Milene. **Violência Doméstica e Familiar**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 63.

*que respaldem a existência da violência contra a mulher; e ainda estabelecer procedimentos jurídicos adequados e eficazes para a mulher vítima de agressões domésticas e familiares”.*⁶⁷

O direito de petição foi mais uma vez reconhecido, tal qual no Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, permitindo, assim, “*que qualquer mulher, grupo de mulheres ou entidade não-governamental, juridicamente reconhecida, apresente petições referentes à denúncia de violações, por um Estado-membro*”⁶⁸ dos deveres necessários à proteção dos direitos inerentes às mulheres.

2.2 O “caso Maria da Penha” e a edição de Lei n. 11.340/2006

Foi justamente se valendo dessa possibilidade que Maria da Penha Maia Fernandes formulou petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que resultou na primeira aplicação da Convenção, através do Relatório n. 54/01 que, dentre outros desdobramentos, culminou com a promulgação da Lei 11.340/2006 pelo Estado brasileiro.⁶⁹

Como é de amplo conhecimento, a mulher que dá nome à Lei promulgada, no Brasil, em defesa da integridade física e psíquica das demais mulheres no âmbito doméstico e familiar, foi ela própria vítima de violência doméstica, durante anos, perpetrada por seu marido, sofrendo duas tentativas de homicídio, uma delas tendo como resultado a condição de paraplégica, aos 38 anos de idade.⁷⁰

Mesmo condenado, a pendência dos recursos interpostos pelo ex-marido de Maria da Penha permitiu que ele permanecesse por mais 15 anos em liberdade, fato que ensejou a apresentação, em 1998, de petição conjunta à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos por entidades de defesa dos direitos humanos. Como resultado, em 2001, foi proferida decisão, condenando o Estado brasileiro “*por negligência e omissão em relação à violência doméstica*”, e proferindo recomendação ao Estado para “*prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a*

⁶⁷ MOREIRA, Milene. **Violência Doméstica e Familiar**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 63.

⁶⁸ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 27.

⁶⁹ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 28.

⁷⁰ PIOVESAN, F; PIMENTEL, S. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 109.

tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil”⁷¹.

Para a Comissão Interamericana, o Estado brasileiro violou os compromissos assumidos por ocasião da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Nesse sentido, ficou assentado na referida decisão:

O Estado está (...) obrigado a investigar toda situação em que tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado age de maneira que tal violação fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. Isso também é válido quando se tolere que particulares ou grupos de particulares atuem livre ou impunemente em detrimento dos direitos reconhecidos na Convenção. (...) A segunda obrigação dos Estados Partes é “garantir” o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ademais, procurar o restabelecimento, na medida do possível, do direito conculcado e, quando for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos.⁷²

O emblemático caso submetido à Corte Interamericana resultou na primeira condenação de um país, “*no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*” por uma questão envolvendo violência doméstica. No caso concreto, como resultado, ao Estado brasileiro foi recomendado que:

a) concluisse rápida e efetivamente o processo penal envolvendo o responsável pela agressão; b) investigasse séria e imparcialmente irregularidades e atrasos injustificados do processo penal; c) pagasse à vítima uma reparação simbólica, decorrente da demora na prestação jurisdicional, sem prejuízo da ação de compensação contra o agressor; d) promovesse a capacitação de funcionários da justiça em direitos humanos, especialmente no que toca aos direitos previstos na Convenção de Belém do Pará⁷³.

O agressor de Maria da Penha somente foi preso em 31 de outubro de 2002. As entidades petionárias e o Estado brasileiro firmaram termo de compromisso com vistas

⁷¹ PIOVESAN, F; PIMENTEL, S. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 109-110.

⁷² PIOVESAN, F; PIMENTEL, S. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111.

⁷³ PIOVESAN, F; PIMENTEL, S. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111.

ao atendimento das demais recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Já em 24 de novembro de 2003, foi promulgada a Lei n. 10.778, determinando “*a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados*”.⁷⁴

Meses depois, foi instituído Grupo de Trabalho Interministerial com a atribuição de “*elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher*”, cujo trabalho foi remetido pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, no final de 2004, culminando com a promulgação da Lei 11.340, em 07 de agosto de 2006, a denominada “Lei Maria da Penha”.⁷⁵

2.3 Reflexos da Lei Maria da Penha no sistema jurídico brasileiro

A Lei 11.340/2006 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro não apenas as normas específicas de proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, como também inseriu no sistema as medidas protetivas de urgência, a exigência de estabelecimento de serviços de atendimento às vítimas e a criação de casas abrigo.

Além de prever expressamente a aplicação, no que couber, das normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil, inseriu alterações pontuais no Código Penal, de Processo Penal e de Execução Penal, além de prever expressamente a aplicação de multa, como uma das conseqüências pelo descumprimento das medidas protetivas pelo ofensor, a teor do que dispõe o art. 461, parágrafos 5º e 6º do Código de Processo Civil.

Os artigos 22, 23 e 24 da Lei Maria da Penha tratam das medidas protetivas de urgência que podem ser deferidas para a tutela da integridade física e psíquica das vítimas de violência doméstica e familiar. Constituem-se, pois, medidas cautelares “*com caráter acessório e instrumental ao processo principal que, necessariamente tem que ser criminal, podendo ter algumas questões debatidas em feitos cíveis distintos*”.⁷⁶

Quanto à acessoriedade das medidas protetivas de urgência, chegou-se mesmo a discutir se elas poderiam tramitar nos casos em que as vítimas declaravam não possuírem interesse na representação criminal contra o ofensor, mas apenas no deferimento

⁷⁴ PIOVESAN, F; PIMENTEL, S. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111-112.

⁷⁵ PIOVESAN, F; PIMENTEL, S. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112.

⁷⁶ CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 38.

das medidas cautelares. Superada essa discussão, entende-se, hoje, não haver “*qualquer incompatibilidade no deferimento das medidas sem a representação criminal, haja vista que mesmo no processo civil, onde impera maior formalidade, as medidas cautelares podem ser deferidas antes da propositura da ação principal, para garantir e preservar direitos*”.⁷⁷

No processo penal, cuidou a nova lei de introduzir no art. 313 do CPP (inciso IV) hipótese de decretação da prisão preventiva quando o crime praticado pelo agente tenha ocorrido com violência doméstica e familiar contra a mulher e houver necessidade de se garantir a execução das medidas protetivas de urgência já deferidas. Em 2011, com a edição da Lei n. 12.403, o referido inciso foi revogado, alterando-se o inciso III que, de forma mais abrangente, manteve essa hipótese de custódia cautelar: “*se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*”.

Além disso, devido às peculiaridades dos crimes cometidos em âmbito doméstico e familiar, quase sempre sem vestígios ou testemunhas, muito embora à palavra da vítima tenha sido conferida maior relevância, há que se observar o espírito da lei de modo a se valer de intervenção multidisciplinar para a análise de pedidos de decretação de prisão preventiva, bem como de liberdade provisória. Nesse sentido, procurando evitar que a análise do *periculum libertatis* se limite a questões de ordem subjetiva, Fausto Rodrigues Lima elencou alguns fatores de risco cuja observação se faz necessária nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. São eles: a) indícios de intimidação da ofendida; b) existência de agressões anteriores, registradas ou noticiadas nos autos; c) informação acerca da periculosidade do agressor e crueldade contra animais; d) possuir o agressor armas ou ser integrante da segurança pública; e) notícia de que houve tentativa de separação e inconformismo do agressor; f) alcoolemia ou dependência química de outra ordem; g) presença nos conflitos ou que as vítimas sejam crianças, adolescentes, idosos ou pessoas portadoras de deficiência; e h) que a ofendida esteja grávida.⁷⁸

Ao Código Penal, a Lei 11.340/2006 introduziu uma circunstância agravante no art. 61, inc. II, para agravar a pena quando o agente tiver cometido o crime “*com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*”. Ademais, aumentou os limites mínimos e máximos da pena cominada para o crime de lesão corporal previsto no art. 129,

⁷⁷ CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 39.

⁷⁸ CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 41.

parágrafo 9º, aumentando a pena, ainda, em um terço “*se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência*”.

Também na execução penal a Lei Maria da Penha inovou ao alterar a redação do art. 152 da Lei 7.210/84 para incluir o parágrafo único, que faculta ao magistrado da execução determinar ao ofensor, nos casos de violência doméstica contra a mulher, que obrigatoriamente compareça a programas de recuperação e reeducação.

Não se pode olvidar, ainda, a disposição do art. 13, da Lei Maria da Penha, que estabelece a observância, no processo, julgamento e execução “*das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher*”, a aplicação das “*normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei*”.

Dessa forma, a parte final do dispositivo traz inovação por se dirigir à vítima com idade entre 18 e 59 anos de idade, ou seja, à mulher adulta, podendo ser aplicadas, no que couber, as “*regras de sigilo processual do ECA (art. 143), combinadas com as do CPP (792, § 1º) e CPC (arts. 155 e 444)*”, bem como o “*direito de preferência disposto no EI (art. 71) na tramitação dos processos, tanto cíveis quanto criminais, já que o art. 33, parágrafo único, da Lei Maria da Penha (LMP) só estabelece prioridade para as varas criminais*”.⁷⁹

A Lei n. 11.340/2006 determinou, ainda, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher como órgãos da justiça ordinária, dotados de competência cível e criminal, a serem criados “*pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados*”, com a atribuição de realizarem “*o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher*”.

Inicialmente, houve discussão acerca da competência cível desses Juizados, emergindo dúvida quanto à possibilidade deles, além de aplicarem as medidas protetivas de natureza cível, como afastamento do lar, separação de corpos, fixação de alimentos etc., poderiam, também, decidir o mérito, definitivamente, de questões familiares como a separação judicial, partilha de bens e guarda definitiva de filhos. A celeuma foi resolvida no

⁷⁹ DE LIMA, F. R. Interpretação jurídico feminista da lei. Dos procedimentos – artigos 13 a 17. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 266.

entanto, e mais uma vez, privilegiando-se o sentido da norma, quanto à facilitação do acesso à justiça pelas vítimas de violência doméstica e familiar.⁸⁰

Entendeu-se, assim, que para o deferimento de medidas protetivas de urgência, há competência concorrente entre os juízos de família e os específicos de violência doméstica. Isso porque, apesar de conferida à vítima a possibilidade de requerer as medidas protetivas tão logo faça o registro da ocorrência policial, por razões diversas, pode lhe ser mais interessante que o juízo de família aprecie o seu pedido, sendo certo, no entanto, que as leis de organização judiciária devem respeitar as peculiaridades locais para determinar a competência de cada juízo. Nesse sentido, Irênio da Silva Moreira Filho é citado por Fausto Rodrigues de Lima, apresentando pertinente fundamentação para essa possibilidade:

De fato, pode ser que (...) seu intuito, ao registrar a ocorrência policial, fosse apenas de mera documentação para efeito, v.g., de pedir a separação de corpos, mas que não tenha interesse na persecução criminal; que já esteja em tramitação, na Vara de Família, a ação principal, tendo o juiz e o promotor desse juízo conhecimento da realidade que cerca a ofendida. Outrossim, o fato configurador de violência doméstica e familiar, em face da amplitude conceitual do art. 4º, pode não configurar infração penal, o que tornaria ilógico acionar o JVCM.⁸¹

A implantação das varas especializadas em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher demanda dos Tribunais uma especial atenção, pois o trabalho desenvolvido nessas unidades judiciais deve partir do princípio de que *“toda demanda é grave e urgente”*, sendo que *“minutos, horas podem representar uma vida”*, razão pela qual *“não é incomum que durante o dia saiam várias decisões solicitando o cumprimento com urgência ou máxima urgência”*.⁸²

Dentre as atribuições que competem aos magistrados dos Juizados de Violência Doméstica, podem ser destacadas as audiências pertinentes aos requerimentos de medidas protetivas, bem como as de instrução e julgamento atinentes aos feitos criminais, além das decisões a serem proferidas no prazo máximo de 48 horas fixado na Lei 11.340/2006, quanto ao requerimento de medidas protetivas. Além disso, ao juiz compete, ainda, dar andamento nos demais processos, sentenciá-los, além de prestar informações em *habeas corpus*, agravos de instrumento e eventuais reclamações. Todas essas atribuições, aliada à urgência dos processos que versam sobre a matéria, além da *“carência de funcionários*

⁸⁰ DE LIMA, F. R. Interpretação jurídico feminista da lei. Dos procedimentos – artigos 13 a 17. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 273.

⁸¹ DE LIMA, F. R. Interpretação jurídico feminista da lei. Dos procedimentos – artigos 13 a 17. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 273.

⁸² CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

efetivos e a rotatividade de estagiários acaba gerando grande apreensão na execução dos trabalhos”⁸³, principalmente em unidades da federação que não contam com uma estrutura minimamente adequada para cumprir a efetividade da Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, observa Adriana Sant’anna Coningham:

É imperativo que seja garantido às varas especializadas um número mínimo de servidores proporcional ao número de processos, para que se possa atuar com a acuidade necessária em cada caso, considerando o grande número de liminares e processos de réus presos que são apreciados. Da mesma forma, a demanda em ascensão exige uma equipe multidisciplinar maior, pois é consenso que a aplicação da Lei Maria da Penha exige a atuação de uma equipe multidisciplinar preparada e comprometida, cujos laudos são essenciais para orientar as decisões judiciais. Neste caso, também, a demanda compromete a qualidade dos laudos que, hoje, na sua grande maioria, são confeccionados a partir de um único contato com as partes e se tornam insuficientes para uma visão mais aprofundada de cada caso.⁸⁴

Há que se registrar, também, que constitui óbice à aplicação da Lei Maria da Penha a escassez de políticas públicas voltadas às questões que direta e indiretamente afetam a ocorrência dos casos de violência doméstica e familiar. Urge a criação e fortalecimento de unidades públicas de atendimento às vítimas, ofensores, a dependentes químicos e demais cidadãos vulneráveis a ocorrência de episódios de violência. Além disso, as delegacias especializadas precisam ser fortalecidas, bem como melhor estruturado o serviço do Instituto Médico Legal que, em alguns lugares do país, *“funcionam com número reduzido de peritos, atrasando a entrega de laudos, o que coloca em risco o andamento do feito, principalmente quando se trata de réu recolhido cauterlamente”*.⁸⁵

A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, como instância especializada de aplicação da Lei Maria da Penha, foi determinada pela própria Lei n. 11.340/2006, no intuito de “as medidas de punição, proteção, assistência e prevenção possam ser aplicadas integralmente”. Ocorre, porém, que na maioria dos estados brasileiros essa atribuição foi atribuída às varas criminais, com adaptações, e aos Juizados Especiais Criminais, em acúmulo de atribuições. A esse respeito, inclusive, o Conselho Nacional de Justiça divulgou resultado de pesquisa em que se constatou que em 12 (doze) estados

⁸³ CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

⁸⁴ CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

⁸⁵ CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 36.

brasileiros há apenas 1 (um) Juizado de Violência Doméstica instalado na respectiva Capital.⁸⁶

A atuação dos Juizados de Violência Doméstica, requer a lei, em muito se diferencia da atuação de uma vara criminal comum, limitada “à *apreciação das responsabilidades criminais e distribuição de penas*”, inclusive para que possam ser atendidas as exigências internacionais ratificadas pelo Brasil, “*que enfatizam a adoção de medidas para enfrentar a violência contra a mulher em seus efeitos diretos e indiretos contra a autonomia das mulheres e o exercício de seus direitos*”.⁸⁷

Como exemplo de estrutura de qualidade para a efetivação da Lei Maria da Penha, pertinente destacar, a atuação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, atualmente, conta com doze Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher instalados no Distrito Federal, contando, ainda, com o apoio especializado do Serviço de Atendimento a Famílias em Situação de Violência – SERAV, composto por uma equipe multidisciplinar que, em atendimentos realizados às famílias encaminhadas pelos magistrados do DF, elaboram laudos que auxiliam no entendimento da situação familiar dos envolvidos, de como se instaurou a violência e de como os quadros de desarmonia podem ser resolvidos.

Além disso, recentemente, foi instalado o Centro Judiciário da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Distrito Federal que, integrante do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos vinculado à 2ª Vice-Presidência do Tribunal, pretende conferir efetividade aos termos da Lei n. 11.340/2006, tendo sido concebido como “*um local para receber mulheres e seus familiares em situação de violência doméstica e familiar que estejam dispostos a resolver os seus conflitos através do diálogo, da mediação, da conciliação e do acordo*”.⁸⁸

2.4 As estatísticas de violência doméstica contra a mulher, no Brasil

Como mencionado anteriormente, a Lei Maria da Penha surgiu em contexto social de vários movimentos em defesa dos direitos femininos, no Brasil, com vistas à

⁸⁶ PASINATO. W. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 134.

⁸⁷ PASINATO. W. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 134.

⁸⁸ Notícia publicada pela assessoria de comunicação social do TJDF, publicada em 25/9/2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/discursos/2012/des.-roberval-belinati-inauguracao-do-centro-judiciario-da-mulher-em-situacao-de-violencia-domestica-do-df>> . Acesso em 30 dez 2012.

superação das desigualdades observadas ao longo dos séculos, em busca da “*instauração de novas práticas procedimentais que assegurassem a sua plena aplicação na prevenção e repressão da violência contra a mulher e do tratamento do ciclo da violência, no qual todos os atores do âmbito de convívio estão inseridos*”.⁸⁹

Apesar da pressão dos movimentos sociais para a criação de políticas públicas de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, somente em 1988 foi realizada a primeira pesquisa, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acerca da violência doméstica no Brasil, “*ocasião em que se verificou que 63% dos casos de violência contra a mulher ocorriam no espaço doméstico, em mais de 70% dos casos, o agressor era o companheiro ou esposo*”.⁹⁰

Estudo realizado pela *Human Rights Watch*, divulgado em 1992, 70% dos homicídios cometidos contra mulheres, no Brasil, se davam em ambiente doméstico. Além disso, “*de mais de 800 casos de estupro reportados a delegacias de polícia em São Paulo de 1985 a 1989, menos de um quarto foi investigado*”. Em relato específico sobre as estatísticas de violência doméstica em São Luís do Maranhão, a mesma pesquisa apontou que “*de mais de 4000 casos de agressões físicas e sexuais registrados, apenas 300 foram processados e apenas dois levaram à punição do acusado*”.⁹¹

Em pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, já em 2001, constatou-se que, no Brasil, quatro mulheres são agredidas a cada minuto, bem como que cerca de “*20% das mulheres brasileiras já foram vítimas de algum tipo de violência doméstica*”, uma percentual que alcança o patamar de 43% quando as entrevistadas foram “*estimuladas por meio da citação de diferentes formas de agressão*”. Dentre as entrevistadas, um terço relatou “*já ter sofrido algum tipo de violência física, seja ameaça com armas de fogo, agressões ou estupro conjugal*”, sendo relevante destacar, ainda, “*que nem sempre a vítima (mulher) consegue dirimir se está ou não vivendo a violência psicológica ou moral, eis que, não raras vezes, só entende como tal aquela que atinge a integridade física*”.⁹²

Após a promulgação da Lei Maria da Penha, a situação parece não ter sofrido mudança considerável, tendo em vista a pesquisa realizada pelo DataSenado,

⁸⁹ DAUFENBACH, S. S. R. Lei 11.340/2006 como instrumento de pacificação do conflito familiar e social. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 285.

⁹⁰ DAUFENBACH, S. S. R. Lei 11.340/2006 como instrumento de pacificação do conflito familiar e social. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 285.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.

⁹² DAUFENBACH, S. S. R. Lei 11.340/2006 como instrumento de pacificação do conflito familiar e social. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 285-286

informando que, “em 2009 cerca de 19% das mulheres brasileiras foram vítimas de violência doméstica. Um crescimento de 4% em relação ao índice do ano de 2007, 15%”.⁹³

Relevante destacar, também, os resultados de pesquisa realizada, em 2009, pelo Ibope⁹⁴, em parceria com o Instituto Patrícia Galvão e a empresa Perfil Urbano Pesquisa & Expressão, “entre 2006 e 2009, houve um aumento de 51% para 55% no número de entrevistados que declararam conhecer ao menos uma mulher que já sofreu ou sofre agressões de seu parceiro ou ex-parceiro”, sendo que 77% dos homens e 80% das mulheres afirmaram ter conhecimento da Lei Maria da Penha e 39% dos entrevistados revelaram ter agido ativamente para auxiliar alguma vítima de violência doméstica.⁹⁵

A violência doméstica e familiar contra a mulher não ocorre apenas nas classes sociais menos favorecidas ou em países com menor índice de desenvolvimento, razão pela qual o Comitê da Organização das Nações Unidas pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher declarou:

A violência doméstica é uma das mais insidiosas formas de violência contra a mulher. Prevalece em todas as sociedades. No âmbito das relações familiares, mulheres de todas as idades são vítimas de violência de todas as formas, incluindo o espancamento, o estupro e outras formas de abuso sexual, violência psíquica e outras, que se perpetuam por meio da tradição. A falta de independência econômica faz com que muitas mulheres permaneçam em relações violentas. (...) Estas formas de violência submetem mulheres a riscos de saúde e impedem a sua participação na vida familiar e na vida pública com base na igualdade.⁹⁶

De fato, a nova lei trouxe uma série de mecanismos para o combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive complementando as disposições do Código Penal acerca das lesões corporais e incluindo circunstâncias agravantes da pena, como no art. 61, inc. II, alínea “f”, segundo o qual sempre agrava a pena o cometimento do crime “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher”.

Apesar de pesquisa realizada pelo DataSenado indicar que aproximadamente 83% dos brasileiros “conhecem ou já ouviram falar” da Lei Maria da Penha, o crescimento dos dados sobre violência doméstica contra a mulher indicam que, a despeito de a mulher figurar, atualmente, em posição de maior autonomia dentro da sociedade brasileira, “a cultura patriarcal e machista dos brasileiros modificou muito pouco”,

⁹³ GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência doméstica e migrações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 127.

⁹⁴ Também disponível em: < <http://www.institutoavon.org.br/wp-content/themes/institutoavon/pdf/pesquisa-instituto-avon-ibope-2009.pdf>>. Acesso em 30 dez 2012.

⁹⁵ FELBERG, L. A Delegacia da Mulher. In: _____. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010, p. 333.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

revelando que a produção de novas leis e o enrijecimento das punições aos ofensores, por si sós, não são suficientes para conter a violência doméstica e familiar contra a mulher.⁹⁷

Nesse sentido, Olívia Maria Cardoso Gomes afirma que o cerne da violência contra a mulher, no Brasil, possui um claro viés político, social e cultural:

No Brasil, a cultura de matriz patriarcal e a discriminação sexista contra a mulher ainda são bastante enraizadas nos cotidianos das famílias. Ainda há agravantes dos cenários de violência no Brasil, tais como pobreza, falta de educação formal e fraca atuação judicial nos casos de agressões. De fato, a falta de emprego, de más condições de alimentação, moradia, educação e saúde, que afetam grande parte da população brasileira, são circunstâncias que agravam as relações íntimas de afeto, e levam, frequentemente, ao surgimento ou ao aumento das agressões domésticas.⁹⁸

Contribuem, ainda, para o recrudescimento da violência doméstica e familiar contra a mulher “a sensação de impunidade que se vive, de maneira geral, no Brasil, e a falta de recursos orçamentários destinados para políticas públicas mais adequadas à temática da violência doméstica”.⁹⁹

Vê-se, pois, que apesar dos avanços pontuais já existentes, formando uma rede de proteção a essas vítimas, muito ainda há que se fazer para uma efetiva aplicação da Lei n. 11.340/2006, sendo certo que a violência doméstica e familiar contra a mulher provoca até mesmo prejuízo financeiro e econômico, pois “uma em cada cinco mulheres que faltam ao trabalho o fazem por terem sofrido agressão física” e “a violência doméstica compromete 14,6% do Produto Interno Bruto (PIB) da América Latina, cerca de US\$ 170 bilhões”, custando ao Brasil 10,5% do seu PIB.¹⁰⁰

3 A NATUREZA DA AÇÃO PENAL DECORRENTE DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE E CULPOSA ANTES E APÓS O JULGAMENTO DA ADI 4424 E DA ADC 19

3.1 Polêmica com a edição da Lei nº 11.340/2006

A Lei 9.099/95 estabeleceu, em seu artigo 88, que “além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos

⁹⁷ GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência doméstica e migrações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 129.

⁹⁸ GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência doméstica e migrações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 129.

⁹⁹ GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência doméstica e migrações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 129.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”, estabelecendo, portanto, exceção à regra da ação penal pública incondicionada, prevista no art. 100 do Código Penal.

Anteriormente, à míngua de ressalvas no Código Penal, a resposta ao delito de lesão corporal era sempre uma ação penal pública incondicionada, o que restou excepcionado pela disposição mencionada acima, uma vez que a Lei 9.099/95 passou a eleger os crimes de lesão corporal leve e a culposa como de menor potencial ofensivo, dependendo a ação penal, portanto, de representação do ofendido.

A Lei Maria da Penha, no entanto, textualmente estabeleceu em seu artigo 41 que *“aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”*.

Diante desse quadro, uma corrente doutrinária passou a entender que a Lei Maria da Penha estabeleceu o retorno da natureza incondicionada às ações decorrentes de lesão corporal leve, praticada contra a mulher em ambiente doméstico e familiar. Sintetizando esse posicionamento, Ana Paula Schwelm Gonçalves e Fausto Rodrigues de Lima afirmam:

A Lei não fez expressamente qualquer menção à natureza da ação penal das infrações de que trata, no entanto, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se os princípios que regem a matéria e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, induz à conclusão de que tais crimes não mais dependem da vontade das vítimas para seu processamento. A nova Lei 11.340/2006, ao determinar expressamente que não se aplica a Lei 9.099/1995 para a violência doméstica contra a mulher (art. 41), efetivamente afasta toda a Lei anterior. No entanto, apesar da Lei 11.340/2006, em seu artigo 16, determinar que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida só será admitida a renúncia perante o juiz, tal situação não se aplica aos crimes de lesão corporal leve praticadas no âmbito doméstico, somente aos crimes em que o Código Penal expressamente determine que a ação seja condicionada à representação.¹⁰¹

Por outro lado, outros juristas passaram a entender ser necessário levar-se em consideração que a Lei Maria da Penha constitui, genuinamente, norma de proteção à vítima de violência doméstica, colocando a punição do agressor em segundo plano, embora não seja menos importante. Dessa forma, a resolução do conflito familiar, muitas vezes em audiência designada para essa finalidade, teria mais chances de ocorrer quando pelo fato de a ofendida possuir esse *“instrumento de negociação”* capaz de *“livrar o agressor do processo criminal”*. A possibilidade de retratação da ofendida seria, assim, uma forma de pressionar

¹⁰¹ Apud 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. 117.

psicologicamente o ofensor, equilibrando os poderes dos envolvidos, invertendo-se as posições de “*dominante e dominado*”. Em muitos casos, “*com mais facilidade o juiz poderá obter sucesso e conseguir que as partes façam acordo e acertem a separação, alimentos, visitas e partilha de bens*”.¹⁰²

3.2 O entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4424 e da ADC 19

Em que pesem os argumentos em defesa da natureza condicionada da ação penal decorrente da prática do delito de lesão corporal contra a mulher em ambiente doméstico ou familiar, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se trata de ação penal pública incondicionada¹⁰³.

Em sessão realizada no dia 9 de fevereiro de 2012, o Supremo julgou a Ação Direta de Constitucionalidade n. 19, ajuizada pelo Presidente da República, em defesa da constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006, tendo em vista “*intenso debate instaurado sobre a constitucionalidade dos preceitos mencionados, mormente no que se refere aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, bem como à aplicação dos institutos contidos na Lei 9.099/95*”.

A Suprema Corte reforçou o entendimento de que a Lei Maria da Penha, de fato, se presta a efetivação do preceito estabelecido no art. 226, parágrafo 8º, da Constituição de 1988, estando em consonância com o princípio da igualdade e atendendo, assim, “*à ordem jurídico-constitucional, no que concerne ao necessário combate ao desprezo às famílias, considerada a mulher como sua célula básica*”.

Quanto ao artigo 1º da Lei Maria da Penha, o qual explicita os objetivos da norma e sua consonância com a disposição constitucional do art. art. 226, parágrafo 8º e normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil, o Supremo assentou que a assistência à família, “*na pessoa de cada um dos que a integram*” bem como a proteção contra a violência, no contexto dessas relações, pode ser legitimamente fomentada pelos mecanismos específicos criados pela Lei 11.340/2006, com “*medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando por base o gênero da vítima*”.

¹⁰² 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. 119-120.

¹⁰³ As referências feitas ao julgamento da ADC 19-DF e da ADI 4424-DF, bem como as citações utilizadas neste tópico, foram extraídas do Informativo STF n. 654, tendo em vista que os respectivos acórdãos ainda não foram publicados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm>> . Acesso em 30 nov 2012.

No que concerne à diferenciação de tratamento em razão do sexo da vítima, a Corte sufragou o entendimento de que esse critério de diferenciação se mostra proporcional pelo fato de a mulher ser *“eminente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado”*.

Em âmbito internacional, estabeleceu-se a compatibilidade da Lei Maria da Penha com as disposições de diversos tratados ratificados pelo Brasil, especialmente pela Convenção de Belém do Pará que, em seu artigo 7º, item “c”, estabelece:

Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

(...)

c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis.

Ainda no julgamento da ADC 19-DF, esclareceu-se que a Lei 11.340/2006 *“seria corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais”*, representando, ainda, um *“movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça”*.

Quanto ao artigo 33 da Lei 11.340/2006, que previu o deslocamento temporário da competência para julgamento dos crimes cometidos contra a mulher em ambiente doméstico e familiar às varas criminais, enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a Suprema Corte concluiu que a criação dos Juizados seria apenas uma faculdade, sendo que nas localidades em que essas ações estejam a cargo de varas criminais, devem ser rigorosamente seguidas as especificidades da Lei Maria da Penha, *“haja vista a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria”*.

Na mesma sessão de julgamento, o Plenário do STF, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF, atribuindo *“interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006”*, de modo a *“assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher”*.

Com efeito, a Corte ressaltou os dados estatísticos existentes sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, consignando que *“na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não*

representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada”, em renúncia maculada por vício de vontade da ofendida, segundo apontariam as estatísticas. Na esteira desse raciocínio, a despeito da retratação manifestada pela vítima, a reiteração do comportamento agressivo ou mesmo o seu recrudescimento seria inevitável.

Ademais, tendo em vista que a peculiaridade da ocorrência dos atos de violência em ambiente doméstico e familiar, as ameaças e agressões sofridas pelas mulheres resultariam acobertadas por serem frutos de *“dinâmicas privadas”*, acirrando a *“situação de invisibilidade social”*. Assim, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como na vedação a atos de discriminação que atentem contra direitos e liberdades individuais, verificar-se-ia, de fato, a necessidade de intervenção estatal, coadunando-se a legislação com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará.

Sob a perspectiva constitucional de que compete ao Estado *“assegurar a assistência à família”* e *“criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”*, entendeu o Supremo não ser *“razoável ou proporcional”* permitir que a vítima de violência doméstica decida quanto à atuação estatal, sob pena de esvaziamento da pretendida proteção caso, ela mesmo *“depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade”*. Assim, para a Suprema Corte, permitir que a mulher decida sobre o início da persecução penal *“significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana”*.

Em reiteração a posicionamento externado por ocasião do julgamento do HC 106.212/MS, o STF decidiu, por fim, pela não aplicação do disposto na Lei 9.099/95 aos crimes cometidos em violência doméstica e familiar contra a mulher *“de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada”*.

3.3 O entendimento destoante e o amparo doutrinário para a discordância

No julgamento da ADI 4424, o posicionamento destoante coube ao Ministro Cezar Peluso, à época Presidente da Corte, aduzindo que *“o legislador não poderia ter sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal”*, bem como que o hipotético

vício de vontade integrante da manifestação das vítimas durante o ato de retratação não poderia ser tratado como regra.

Além disso, asseverou o Ministro ser necessário considerar-se a possibilidade de que o recrudescimento do tratamento conferido à lesão corporal resulte na *“intimidação da mulher em levar a notícia-crime”*, sendo certo que a *“mera incondicionalidade da ação penal não constituiria impedimento à violência familiar, entretanto acirraria a possibilidade dessa violência, por meio de atitudes de represália contra a mulher”*, já que o fato de a ação penal respectiva ser pública não impede que os agressores se tornem mais violentos.

O posicionamento do Ministro Cezar Peluso coaduna-se com o que uma parte da doutrina defendia antes mesmo dos julgamentos mencionados, no sentido de que, em certos aspectos, a Lei Maria da Penha apresentaria um retrocesso. Nesse sentido, Maria Berenice Dias cita a observação de Maurício e Marcelo Saliba:

(...) a Lei Maria da Penha apresenta um retrocesso, pois a conciliação civil permitia que o autor da agressão e a ofendida buscassem, com o auxílio de mediadores, a solução adequada para os problemas vivenciados no ambiente doméstico e familiar. A conversa entre as partes é sem dúvida alguma o único eficaz caminho para se combater a violência, não se apresentando a punição mais severa como forma de resolução dos conflitos. O direito penal não é a solução.¹⁰⁴

Nessa ordem de ideias, os procedimentos dos Juizados Especiais, com a discussão, em audiência, dos problemas vivenciados pelos envolvidos representariam a melhor forma de pacificação social, além de fomentar um processo de conscientização das partes, quebrando-se, assim, o *“paradigma dogmático da Justiça Penal tradicional, no qual o magistrado impõe a sanção independentemente da vontade e manifestação das partes”*. O sistema dos Juizados Especiais, inclusive, contribui para a efetivação do princípio da intervenção mínima do direito penal, aplicando duas regras apenas nos casos imprescindíveis, posto que *“a sanção é estigmatizante e traz severas conseqüências ao ser humano, num processo de exclusão e morte social”*.¹⁰⁵

Ressaltando a necessidade de tentativa de solução dos conflitos familiares, Maurício e Marcelo Saliba ressaltam a questão cultural:

¹⁰⁴ 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. 118.

¹⁰⁵ SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Violência Doméstica e Familiar: crime e castigo**. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?doutrina=812>>. Acesso em 3 dez 2012.

É preciso considerar, na estrutura cultural brasileira, a "*síndrome do pequeno poder*", que, segundo Saffioti, é um problema social, e não individual, característica da nossa sociedade. Para a autora, as relações sociais são permeadas por uma lógica de poder que permite ao indivíduo mais bem situado socialmente submeter os que lhe são inferiores. A "*síndrome do pequeno poder*" surge quando aqueles que não se contentam com sua pequena parcela de poder exorbitam sua autoridade. Pode-se observar esse sintoma, principalmente, nas relações familiares, entre o homem e a mulher (patriarcalismo) e entre o pai e os filhos (adultocrentismo). Legítima a assimetria das relações de gênero e subordina a mulher ao homem. A severidade das sanções penais ou dos mecanismos de repressão em nada contribui para a pacificação social. O direito penal não é a solução! Tanto que Thomas Morus, canonizado pela Igreja Católica (1935) e celebrado no berço do liberalismo e do comunismo, numa façanha ímpar, autor da obra *Utopia*, levanta o seguinte questionamento sobre o sistema penal: *que outras coisas fazes, além de fabricar ladrões para então puni-los?* O sentimento de insegurança social permite mais severas punições e a sociedade vê nelas a solução dos seus problemas; porém, as leis produzidas nesses contextos são nuvens de fumaça que engrossam o véu da ignorância.¹⁰⁶

Dessa forma, entendem os autores, a realização de audiência, nos moldes em que já se realizavam na dinâmica dos Juizados Especiais, seria a melhor forma de se iniciar a solução dos problemas vivenciados no ambiente doméstico e familiar, tarefa impossível à sanção mais severa prevista no direito penal, posto que, no seu entender, "*os processos culturais não se rompem com leis penais punitivas*".¹⁰⁷

Toda a lógica da Lei Maria da Penha aponta para uma prioridade à proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. A punição ao ofensor, embora tenha papel importante no combate a novas agressões, fica em segundo plano quando se apresentam questões cíveis muito mais relevantes para a solução do conflito doméstico ou familiar.

Nesse estado de coisas, a designação de audiência, pelo magistrado, tão logo receba o pedido de medidas protetivas amplia as chances de que os envolvidos venham a solucionar as questões não resolvidas no relacionamento, cujo descontentamento acabou por ocasionar os atos de violência apontados no requerimento da ofendida. Assim, "*o direito de livrar o agressor do processo criminal*" garante à vítima uma importante ferramenta para negociação com o ofensor, mediante a intermediação do magistrado, restaurando o equilíbrio de forças entre as partes, com a inversão de papéis dentro da relação, facilitando o êxito na realização de acordo judicial, inclusive com a pactuação de questões referentes a alimentos,

¹⁰⁶ SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Violência Doméstica e Familiar: crime e castigo.** Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?doutrina=812>>. Acesso em 3 dez 2012.

¹⁰⁷ SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Violência Doméstica e Familiar: crime e castigo.** Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?doutrina=812>>. Acesso em 3 dez 2012.

visitas a filhos comuns e até mesmo partilha de determinados bens, no caso de cônjuges e companheiros.¹⁰⁸

Equacionadas as dissensões domésticas e familiares, a ação penal se revela inútil quando a vítima expressa o seu desejo de não prosseguir com a persecução penal, notadamente porque é bastante provável que se esquite de prestar qualquer contribuição para a apuração dos fatos. Como resultado, a fase administrativa da apuração criminal restará prejudicada, bem como a judicial e, em tendo havido o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, a absolvição do acusado tende a ser resultado inevitável na maioria desses casos específicos.¹⁰⁹

Por tais razões, o impedimento à instauração da ação penal ante a retratação manifestada pela vítima em audiência especialmente designada para essa finalidade é justificável e coaduna-se com a intenção do legislador ao editar a Lei 11.340/2006. A vontade da vítima é obedecida quando manifesta seu desejo de representar criminalmente perante a autoridade policial, iniciando-se, assim, a investigação correspondente. Essa é a razão, portanto, da previsão legal contida no art. 12, inc. I, da Lei Maria da Penha, fixando como providência imediata a tomada a termo da representação oferecida pela ofendida. À retratação a lei também conferiu especial importância para verificação da real intenção da vítima, exigindo, no art. 16, a realização de audiência em que, com a presença indispensável de membro do Ministério Público, a vítima pode, perante o juiz, renunciar à representação firmada perante a autoridade policial.¹¹⁰

Nesse sentido, Maria Berenice Dias menciona as reflexões de Damásio Evangelista de Jesus acerca do assunto:

(...) é contraditório afirmar, em face do art. 41 da Lei Maria da Penha, que a ação penal é incondicionada, e, ao mesmo tempo, defender, perante o art. 16, que não se pode interpretar a expressão renúncia no sentido de desistência da representação. Adotada a tese da ação penal pública incondicionada, como falar em renúncia ou retratação da representação? (...) Não pretendeu a lei transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariava a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar.¹¹¹

¹⁰⁸ 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. 120.

¹⁰⁹ 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. 120.

¹¹⁰ 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. 120-121.

¹¹¹ 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. 121.

Esse posicionamento fundamenta-se, pois, na constatação de que os dispositivos da Lei Maria da Penha indicam que a sua prioridade é mesmo a busca pela solução efetiva do conflito familiar, sem a utilização de mecanismos que imponham à vítima a sensação de impunidade, mas que também não recrudescam a tensão familiar, como muitas vezes ocorre com a instauração de uma ação penal.

A vítima pode, assim, “*avaliar a necessidade da intervenção do Estado em sua relação doméstica e familiar*”¹¹², razão pela qual deveria a ação penal pela prática dos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, nesse contexto, ter permanecido sob a natureza condicionada à representação, como parece ter sido o espírito da Lei 11.340/2006.

O afastamento das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, expresso no art. 41 da Lei Maria da Penha não atingiu a representação, como alguns poderiam pensar, uma vez que ela se constitui “*condição de procedibilidade da ação penal pública prevista no sistema processual penal bem antes da Lei 9.099/95 e que tem em vista privilegiar a pessoa e a vontade da vítima e não a figura do autor do fato*”, como bem ressaltado por Maria Berenice Dias, em referência às ponderações de Carla Campos Amico. Interessante registrar, ainda, o posicionamento inicialmente contrário ao exposto acima, defendido por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, no sentido de que embora se trate, sim, de medida despenalizadora, a representação militar em favor da vítima e não do ofensor, uma vez que o art. 41 da Lei 11.340/2006 estaria se referindo, unicamente, aos institutos que importam em benefícios para o ofensor e que, para tanto, independem da vontade da vítima, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Além disso, entendem os autores que a possibilidade de composição civil estaria atrelada à escolha por representar ou não, melhor atendendo aos interesses da vítima, que nem sempre pretende que o agressor seja punido criminalmente porque, em casos tais, não possui efeito prático na modificação do quadro de violência doméstica e familiar.¹¹³

Ademais, a sistemática adotada pela nova Lei, em que a representação é logo reduzida a termo e a eventual renúncia somente pode ser realizada perante o magistrado, com a presença do Ministério Público e a assistência jurídica de um Defensor Público, permite, em certa medida, o rompimento do ciclo de violência até então presente no contexto familiar, sob o domínio do ofensor. Não faz sentido, portanto, negar à mulher a possibilidade de utilizar o seu direito de representação (e o da respectiva renúncia) como instrumento de

¹¹² 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. 122.

¹¹³ 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. 122.

combate ao contexto de violência em que se viu inserida, podendo muitas vezes exigir, por meio do acerto em juízo, determinados comportamentos do agressor como sua submissão a acompanhamento psicológico, a definição de alimentos provisórios, partilha de bens etc.¹¹⁴

Dois autores, novamente citados por Maria Berenice Dias, retratam de forma exemplar a situação de “empoderamento” da mulher vítima de violência doméstica e familiar quando a condicionalidade da ação penal em questão lhe permite fazer escolhas no seu próprio interesse, fundamentada em seu direito à representação e à retratação. Pedro Rui da Fontoura Porto afirma, nesse sentido, que:

Conceder à vítima a possibilidade de decidir acerca de condição de procedibilidade do processo penal, arma-a de poderoso instrumento de persuasão contra aqueles agressores que ocultam patrimônio capaz de garantir dúvidas. A pressão decorrente da ameaça de ação penal é mais eficaz que o mero risco de constrição patrimonial no seio do processo de execução. (...) O direito de decidir sobre representar ou não pressupõe a possibilidade de conciliação civil, o que, seguramente, atende a interesses da vítima, nem sempre sediados na exclusiva punição criminal do seu agressor, mas, fundamentalmente atrelados ao interesse reparatório dos danos sofridos, inclusive aqueles de caráter moral que, segundo afirma a doutrina da responsabilidade civil extramaterial, têm evidente caráter punitivo e pode importar em severa punição ao agressor.¹¹⁵

Por seu turno, Maria Lúcia Karam registra que:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isso significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizand-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar – e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um “agressor” - ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.¹¹⁶

É sabido que os episódios de violência doméstica são mais propensos a ocorrer quando configurada situação de subjugação de ordem psicológica ou financeira da vítima em relação ao agressor e que, em regra, a ofendida não intenta necessariamente a prisão do ofensor, mas que as agressões cessem e que “*a paz volte a reinar na sua casa*”¹¹⁷, nos casos em que ainda há convivência. Portanto, a incondicionalidade da ação penal por crimes de lesão corporal leve ou culposa corre o risco de contrariar a vontade da vítima nesses

¹¹⁴ 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. 123.

¹¹⁵ 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. 123.

¹¹⁶ 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. 123-124.

¹¹⁷ 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. 124.

casos, inibindo a comunicação à autoridade policial acerca da prática do crime e, conseqüentemente, levando ao não requerimento das medidas protetivas de urgência trazidas pela nova lei.

A incondicionalidade da ação penal, nesses casos, não resolve o contexto de violência doméstica e se coaduna com a intenção originária do legislador ordinário, como bem alerta Maria Berenice Dias, ao lembrar que o Projeto de Lei n. 4.559/2004 previa em seu art. 30, de modo expresso, que a ação penal pelos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher seriam de natureza pública condicionada à representação, o que foi suprimido durante a tramitação do projeto perante o Senado Federal.¹¹⁸

¹¹⁸ 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. 125.

CONCLUSÃO

A adoção, pelo Brasil, do princípio da igualdade como fundamento do Estado Democrático de Direito¹¹⁹, para além de exigir a secular postura absenteísta, significou a adoção de medidas que visam garantir, ao máximo, a efetivação da igualdade prevista constitucionalmente, tornando-a material, substantiva.

Nesse contexto, as disposições constitucionais que tratam da tutela dos interesses dos grupos, por assim dizer, vulneráveis mostram-se coerentes com essa postura estatal, onde reside a defesa dos interesses femininos, especialmente os de inclusão por meio de sua inserção em posições ativas da sociedade brasileira e de proteção nos âmbitos em que a mulher constitui a figura mais fraca.

A despeito da arraigada noção patriarcal, em que o homem, muitas vezes na condição de “provedor chefe” acha-se no direito de subjugar a mulher, especialmente aquela com quem mantém relação íntima de afeto, os movimentos sociais de luta pelos direitos femininos conseguiram que diversas medidas de inserção e proteção social da mulher fossem implementadas por meio da legislação infraconstitucional, além das disposições previstas na Constituição Cidadã, a exemplo do que consta no artigos 7º, incisos XX e XXX, e 226, parágrafos 5º, 7º e 8º.

Não se pode olvidar o impacto causado pelas Convenções e Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, também exercedores de considerável pressão para que o Estado brasileiro adotasse medidas de proteção aos interesses femininos. Especificamente, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, também chamada de “Convenção de Belém do Pará”, foram essenciais para que o Brasil enfim adotasse uma “Lei Integral de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres”¹²⁰.

No entanto, foi necessário que a luta de Maria da Penha Maia Fernandes em busca de justiça em face da reiterada violência doméstica que sofreu fosse revelada em âmbito internacional para que o Brasil desse início à implantação de um sistema de proteção às

¹¹⁹ KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 15.

¹²⁰ DE MATOS, M.C.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43.

mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, muito embora tenha o país, perante a Organização dos Estados Americanos, condenado todas as formas de violência contra a mulher e se comprometido a “*adotar, por todos os meios e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência*” (art. 7º, da *Convenção de Belém do Pará*).¹²¹

Uma vez editada a Lei Maria da Penha, o sistema jurídico brasileiro foi afetado, pontualmente, com algumas modificações e inserções nos Códigos Penal, de Processo Penal e na Lei de Execução Penal para atender à demanda de proteção aos interesses da mulher ofendida em ambiente doméstico e familiar. As medidas protetivas de urgência permitiram ao aplicador do direito mesclar institutos do direito civil com o direito penal, de modo a atender as peculiaridades dos contextos de violência doméstica, inclusive com a possibilidade de aplicação da multa prevista no artigo 461, parágrafos 5º e 6º do Código de Processo Civil, para o caso de descumprimento de ordem judicial proferida em atendimento às medidas de urgência da Lei Maria da Penha.

Muito embora pesquisas apontem que nos três anos posteriores à edição da Lei n. 11.340/2006, 77% dos homens entrevistados e 80% das mulheres afirmaram ter conhecimento da referida lei¹²², os índices de violência doméstica registrados observaram um crescimento de 4% entre os anos de 2007 e 2009¹²³, reforçando a percepção de que somente a edição da norma específica não se revela suficiente à completa tutela dos interesses desse grupo de cidadãos.

Uma vez delineado esse quadro geral da violência doméstica e do seu combate, no Brasil, a discussão acerca da natureza da ação penal decorrente de lesão corporal cometida contra a mulher se faz necessária, tendo em vista as implicações vislumbradas por alguns autores quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu se tratar de ação penal pública incondicionada à representação da ofendida.

Assim, a partir do estudo aqui empreendido, conclui-se que a proteção à vítima de violência doméstica e familiar pretendida pela Lei n. 11.340/2006 melhor se coaduna com a manutenção do caráter condicionado da ação penal pelo crime de lesão corporal leve, em que pese o respeitável entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal.

¹²¹ DE CAMPOS, Carmen Hein (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 394.

¹²² FELBERG, L. A Delegacia da Mulher. In: _____. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010, p. 333.

¹²³ GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência doméstica e migrações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 127.

Não se pode olvidar que grande parte dos conflitos familiares submetidos aos Juizados de Violência Doméstica possuem fundo substancial de natureza cível, cuja solução independe da atuação do direito penal, inclusive por uma questão de coerência com o “Direito Penal de Intervenção Mínima”, para citar expressão utilizada por Damásio, referido neste trabalho.¹²⁴

Dessa forma, o Estado há que considerar a hipótese de que o interesse da vítima – e foi pensando exclusivamente nela que o legislador estabeleceu os procedimentos e sistemas de proteção – pode ser o de simplesmente negociar com o agressor a solução de questões domésticas e familiares, sobre os quais não encontrou abertura na relação para conversar, dada a posição desvantajosa em que se vê inserida pelas mais diversas razões.

Assim, poder decidir sobre a realização ou não dos procedimentos de persecução penal contra o ofensor, para além de se constituir uma forma de vingança, como muitos ainda podem pensar, possibilita à vítima um “*poderoso instrumento de persuasão*”, abrindo a possibilidade de se chegar à conciliação sobre assuntos que são objeto de tensão familiar, “*o que, seguramente, atende a interesses da vítima, nem sempre sediados na exclusiva punição criminal do seu agressor*”.¹²⁵

Por fim, a incondicionalidade da ação penal também corre o risco de resultar por tolher a liberdade da vítima de se relacionar com o seu parceiro, ainda que seja ele um agressor, ficando, então submetida à vontade estatal¹²⁶, o que, em última análise, fere também seu direito fundamental à liberdade.

¹²⁴ 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. 121.

¹²⁵ 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. 123.

¹²⁶ 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. 123.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA, L.; THURLER, A. L. A vulnerabilidade da Mulher à Violência Doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: _____. **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONINGHAM, A. S. Aplicação da Lei Maria da Penha: dificuldades, desafios e sugestões. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011.

DAUFENBACH, S. S. R. Lei 11.340/2006 como instrumento de pacificação do conflito familiar e social. In: _____. **Sistema de justiça, direitos humanos e violência no âmbito familiar**. Curitiba: Juruá, 2011.

DE CAMPOS, Carmen Hein (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DE JESUS, Damásio. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei 11.340/2006**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE LIMA, F. R. Interpretação jurídico feminista da lei. Dos procedimentos – artigos 13 a 17. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DE MATOS, M.C.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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.

FELBERG, L. A Delegacia da Mulher. In: _____. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência doméstica e migrações**. Curitiba: Juruá, 2012.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social.** A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro.** Campinas: Millennium, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: MARTINS, I.G.S. (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MOREIRA, Milene. **Violência Doméstica e Familiar.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

PASINATO, W. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, F; PIMENTEL, S. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: _____. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

PISCITELLI, Rui Magalhães. Desigualmente iguais. **Revista da Advocacia-Geral da União.** Brasília: Escola da AGU, n. 8, dez./2005.

SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Violência Doméstica e Familiar: crime e castigo.** Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?doutrina=812>>. Acesso em 3 dez 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 319-4. Ementa: [...] Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, 3 mar. 93. DJ de 30.04.1993.