

A FUNÇÃO JUDICIAL NO TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL: uma abordagem da Lei Maria da Penha à luz da política jurídica

RUDSON MARCOS¹

SUMÁRIO: 1. RESUMO; 2. INTRODUÇÃO; 3. O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS; 4. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER NOS INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL; 5. O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA; 6. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER - CONCEITOS E POLÍTICAS CRIMINAIS PARA O ENFRENTAMENTO; 7. ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA; 8. MECANISMOS PROCESSUAIS QUE OBJETIVAM REPRIMIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER; 9. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA; 10. LEI MARIA DA PENHA E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 11. LEI MARIA DA PENHA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS; 12. A NECESSIDADE DA EXTENSÃO DA PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ÀS CRIANÇAS, IDOSOS E ADULTOS; 13. A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA SEM REDUÇÃO DE TEXTO OU SENTENÇAS ADITIVAS; 14. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS; 15. NATUREZA DA AÇÃO PENAL DO CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E CULPOSAS, NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA; 16. RAZÕES DE POLÍTICA JURÍDICA EM FAVOR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA; 17. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 18. REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.

1. RESUMO

O presente ensaio é decorrente de algumas formulações encetadas na dissertação lavrada pelo autor e submetida ao Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI. Tem por objeto, o estudo do fenômeno da violência doméstica no Brasil, bem como a análise da constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei Maria da Penha. Objetiva maximizar a potencialidade dos mecanismos legais de proteção contra a violência doméstica, estendendo a todos os membros que compõe a unidade familiar, por meio de técnicas interpretativas constitucionais adequadas, assim como, resguardar os interesses da vítima deste fenômeno, com a adoção de institutos desjudicializadores e por meio da valorização da função judicial, quanto à superação de obstáculos dogmáticos que afastam a possibilidade de soluções consensuais constantes da Lei Maria da Penha. Conclui-se pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha, bem pela necessidade de implementação de política jurídica, tendente ao enfrentamento da violência doméstica pautada na consensualidade, por meio da aplicação de alguns dos institutos constantes do microsistema dos Juizados Especiais Criminais aos casos de crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, decorrentes de violência doméstica.

¹ O Autor é Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina, desde 31 de janeiro de 2002. Atualmente, é titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Concórdia. Graduado e Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI/SC. Endereço eletrônico: rm10565@tj.sc.gov.br

PALAVRAS-CHAVES: Violência doméstica. Direitos Humanos da mulher. Função judicial. Política jurídica. Judicialização das relações privadas.

2. INTRODUÇÃO

No dia 06 de setembro de 2006, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pioneiramente, instalou os três primeiros juizados de combate à violência doméstica contra a mulher, no Brasil, iniciando a concretização de uma política, no âmbito judiciário, para a proteção das mulheres vítimas desta patologia social, como forma de implementar o sonho acalentado durante séculos, quanto à efetivação dos direitos à igualdade, ao respeito à dignidade e aos direitos humanos femininos.

Após a realização de diversos tratados e convenções internacionais, ratificados pelo Estado brasileiro, no intuito de implementar mecanismos de proteção dos direitos humanos das mulheres, no que se refere à consecução do direito de conviver na relação privada em ambiente livre de todas as formas de violências, opressões e submissões, o Brasil editou a Lei Maria da Penha, por meio da Lei n.º 11.340, publicada em 08 de agosto de 2006, com o objetivo expresso de criar mecanismos tendentes à coibição do fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher, dispondo sobre a criação de unidades jurisdicionais específicas à proteção da mulher e alterando dispositivos do Código Penal brasileiro e outras legislações extravagantes.

Os instrumentos legais formalmente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro constituem-se em enorme desafios ao poder público, notadamente ao Poder Judiciário, quanto ao enfrentamento e combate do grave fenômeno da violência doméstica contra as mulheres, ocorrentes no mundo afora e, especialmente, no Brasil.

É nesta perspectiva de desafio histórico de implementação de um Poder Judiciário democrático, legitimado pelos interesses advindos da Sociedade Civil e voltado para a consecução da cidadania ativa que nasceu o interesse pelo tema violência doméstica, dentro da linha de pesquisa no presente trabalho.

A violência doméstica contra a mulher, no Brasil, constitui-se em fenômeno condenado à invisibilidade, inserida no contexto da cultura patriarcal outrora dominante, por meio da qual a mulher, historicamente, vinha sendo relegada a funções secundárias da sociedade, no espaço público e imposta às mais variadas formas de submissões no espaço privado.

Neste contexto, a violência familiar contra a mulher, no Brasil tem alcançado índices alarmantes, constituindo-se em grave ofensa aos direitos humanos femininos. Para se ter a dimensão do tamanho deste fenômeno, impõe-se a análise da pesquisa efetuada pelo IBGE, no final da década de 1980, na qual se apurou que 63% das agressões físicas contra as mulheres eram praticadas no âmbito das relações domésticas, evidenciando que o espaço privado, em vez de representar o refúgio pacífico, tem-se transformado, em sua maioria, em campo fértil para as mais variadas formas de violência contra a mulher. Em pesquisas mais recentes, os dados são mais estarrecedores, ainda. Segundo a Fundação Perseu Abramo, em levantamento realizada no ano de 2001, a taxa de projeção de espancamento de mulheres, no âmbito doméstico, atingia a impressionante

grandeza de, a cada 15 segundos, uma mulher no Brasil é vítima de violência doméstica.

Foi justamente o interesse pelo estudo da dimensão do fenômeno da violência, em geral e da violência doméstica contra as mulheres, especialmente, que motivou o interesse pelo estudo no presente trabalho.

3. O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

O discernimento sobre o conceito e a amplitude dos direitos fundamentais evoluiu, ao longo da história, constituindo-se em valores essenciais a qualquer ordem jurídica contemporânea, não se concebendo, no presente estágio de evolução da humanidade, a fundação de um Estado sem a garantia mínima dos direitos fundamentais aos cidadãos, ante os diplomas internacionais de caráter impositivo, bem como o estágio atual de evolução da Sociedade Civil, que não mais permite atrocidades aos direitos inerentes à própria condição humana.

Os direitos fundamentais possuem objetivo primordial de assegurar a promoção de condições dignas de vida a cada cidadão, por meio de serviços públicos, ações governamentais, políticas inclusivas desenvolvidas pelo Estado, num evidente caráter positivo da atuação estatal. De outro lado, os direitos fundamentais assumem a feição negativa da atuação do Estado, na medida em que se constitui na garantia de defesa do indivíduo contra os abusos cometidos pelos órgãos e agentes públicos constituídos.

As expressões direitos humanos e direitos fundamentais referem-se a dois conceitos similares, porém, com sentidos diversos, que são confundidos e utilizados como expressões sinônimas, usualmente. Neste diapasão, impende-se conceituar as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, no intuito de demonstrar os sentidos e os alcances de cada categoria.

Pode-se conceituar os direitos humanos como sendo aqueles previstos no plano dos documentos de direito internacional, por estarem vinculados ao reconhecimento do ser humano como destinatário de normas jurídicas dotadas de caráter moral, independentemente de sua vinculação com ordem constitucional de determinado Estado e que aspiram à validade universal, para todos os povos, por tempo indeterminado.

Já, para fins do presente trabalho, conceitua-se direitos fundamentais como sendo aqueles positivados na ordem constitucional vigente de cada nação, no caso específico, catalogados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1.988, tendo como características a limitação no espaço territorial brasileiro e vinculados ao tempo de vigência da ordem constitucional, do Brasil.

Assim sendo, conhecer os direitos humanos e fundamentais das mulheres, bem como a amplitude e as limitações deles, afigura-se essencial à garantia e proteção dos interesses femininos, na perspectiva de assegurar a pacificação, seja no relacionamento social, nas ações laborativas ou no reduto do seu lar conjugal, porquanto a Justiça não pode perder de vista seu objetivo maior, qual seja, a busca pela Paz Social, seja nas relações sociais ou nas esferas afetivas.

4. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER NOS INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL

Na esfera dos instrumentos internacionais, na defesa dos direitos humanos da mulher, tem-se como marco delineador a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas, em 1948, documento pelo qual, genericamente, foi reconhecida a igualdade de gênero, considerando as peculiaridades biológicas, psicológicas, sociais e culturais das mulheres.

Contudo, no específico interesse à proteção contra as discriminações levadas a efeito contra a mulher, afigura-se relevante instrumento de proteção aos direitos humanos femininos os trabalhos realizados durante a I Conferência Mundial sobre a Mulher, no México, em 1975. Destes trabalhos, restou aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1979, a “Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, cuja sigla, advinda do idioma inglês, é conhecida por “CEDAW”.

Este documento foi aprovado por meio da Resolução n.º 34/108 da ONU e entrou em vigor somente em 03 de setembro de 1981, após depositados os instrumentos de ratificação.

Por meio desta Convenção foi atribuída aos Estados signatários a responsabilidade de assegurar a interrupção de qualquer ato ou prática de discriminação contra a mulher, motivo pelo qual, inclusive, no Brasil, foi conferido o direito de qualquer mulher vítima de discriminação de gênero, recorrer aos Organismos Internacionais, por meio de petição individual, no intuito de fazer cessar a discriminação sofrida, em face de sua condição peculiar de mulher.

Também foi conferida a possibilidade de se implementarem ações afirmativas abarcando áreas como trabalho, saúde, educação, direitos civis e políticos, estereótipos sexuais, prostituição e família. Este instrumento internacional foi pioneiro na disposição expressa dos direitos humanos da mulher e teve como fundamento o reconhecimento de que a prática da discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e da proteção à dignidade humana, além de obstar a participação da mulher nos espaços públicos, tradicionalmente conferidos aos homens.

Muito embora tenha representado grandes avanços na consecução dos direitos humanos da mulher, a Convenção CEDAW absteve completamente de disciplinar o tratamento da violência de gênero, especialmente a violência doméstica praticada contra a mulher, no âmbito do lar conjugal, nem mesmo catalogando esta terrível prática identificada em diversas sociedades, inclusive no Brasil, como forma de discriminação ou meio de obstáculo à igualdade de gozo de direitos pelas mulheres, o que tem inibido o avanço à determinação dos Estados quanto à implementação de políticas aptas a coibir este triste mal das sociedades contemporâneas, fundadas na vinculação destes atos com atentado à dignidade humana.

Outro marco importante para os direitos femininos foi a Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, conhecida pela Declaração de Viena, ocorrida na Áustria, em 1993. Neste encontro, as organizações não-governamentais, especialmente as ligadas aos direitos femininos, desempenharam importante papel na discussão e sistematização do fenômeno da

violência contra as mulheres como forma de atentado aos direitos humanos, ampliando-se o debate, neste sentido.

Efetivamente, as discussões em torno das diversas formas de agressões contra as mulheres, especialmente as cometidas no âmbito das relações domésticas, foram declaradas formalmente na Declaração de Viena como sendo ações típicas de atentados aos direitos humanos das mulheres, porquanto vulneram os aspectos de inalienabilidade, integralidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos universais.

Também se afigura importante instrumento internacional na luta pela concretização dos direitos humanos das mulheres, a Quarta Conferência das Nações Unidas sobre os Direitos da Mulher, denominada Declaração de Pequim, realizada na China, em 1995.

Neste encontro, foi reafirmado o caráter de lesão aos Direitos Humanos, as diversas formas de violência contra a mulher, tendo sido traçados planos de atuação para a prevenção e eliminação destas agressões à dignidade das mulheres.

No âmbito regional, tem-se como marco importante para o Brasil traçar políticas protetivas aos Direitos Humanos femininos, destacando-se as discussões entabuladas durante a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, ocorrida em 1994.

Nesta Convenção, pontuou-se ampla discussão em torno do tema agressões aos Direitos Humanos femininos, sendo, na ocasião, aprovada a conceituação de violência contra a mulher, *como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada*².

Nas discussões, entendeu-se que a violência contra a mulher deve ser tratada como grave problema de saúde pública, devendo os Estados adotarem políticas públicas, em seus mais variados espectros de atendimentos, para assegurar o atendimento às mulheres vitimadas.

A Convenção de Belém foi adotada por aclamação na 24ª sessão da Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos - OEA, em 09 de junho de 1994 e ratificada integralmente, sem reservas, pelo Brasil, em 27 de novembro de 1995, sendo aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 107/1995 e, posteriormente, promulgada pelo Presidente da República, através do Decreto n.º 1.973/1996.

Como se vê, o Brasil por ser signatário dos diversos instrumentos internacionais que tratam sobre a erradicação da violência contra as mulheres, já dispunha de documentos legais no plano do ordenamento jurídico, estando formalmente incumbido de traçar políticas públicas que tratassem da coibição destas formas de atentado aos direitos humanos femininos.

² Este é o texto constante do artigo 1º da Convenção de Belém do Pará, adotada em 9 de junho de 1994. BRASIL. *Convenção interamericana de direitos humanos, para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.* Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>, acesso em 08/06/2009.

Ressalte-se que, em se tratando de Convenções Internacionais afetas aos direitos humanos, sendo ratificadas pelo Estado Brasileiro, como nos atinentes aos direitos das mulheres, incorporam-se no ordenamento jurídico pátrio, com força cogente, ante o previsão constitucional, insculpida no artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil,³ havendo distinções, somente, na ordem hierárquica das normas, dependendo do quorum para aprovação.

Portanto, a Lei n.º 11.340, de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha, foi concebida num contexto internacional de esforços para a coibição da violência doméstica contra a mulher, fenômeno este, reconhecido como forma de violação aos direitos humanos, de cujas Convenções o Brasil é firmatário, o que o obriga a traçar políticas públicas, formular ações legislativas e implementar medidas judiciais que objetivem a erradicação da violência contra a mulher, no âmbito intrafamiliar, mal que afeta milhares de brasileiras todos os dias.

5. O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA

A história da humanidade é, em larga medida, a evidência da dimensão social, política e cultural do fenômeno da violência, em suas mais variadas formas de dominação.

No Brasil e no mundo, a violência não se mostra um fenômeno uniforme. Ao contrário, trata-se de manifestação social multifacetada, pela qual se adotam diversas modalidades de violências, por meio de inúmeras formas de atuações, praticadas individualmente ou por grupos.

A violência é tema recorrente, presente no cotidiano da vida em sociedade, manifestada na espécie de patologia social de alta complexidade, merecendo a atenção de diversas investigações acerca de suas raízes, causas, formas de manifestação e meios de tratamento.

Esse fenômeno aparece com freqüência em todas as organizações sociais, integrando o cotidiano dos grupos humanos mais variados, seja na expressão de políticas de Estados, por meio de lutas por conquistas ou expansões de territórios, ou, por outro lado, na manutenção de defesa dos interesses em ataques, bem como se manifesta na individualidade, expressando-se na violência urbana, nos conflitos individuais em seus mais diversos espaços, incluindo-se a manifestação da violência no âmbito do espaço doméstico, no lar, na vida privada do cotidiano das pessoas formadoras da célula denominada unidade familiar.

Atualmente, presencia-se uma escalada da violência com significativo avanço sobre o sofrimento humano. Os símbolos da violência massificada são apresentados com naturalidade. Neste aspecto, a utilização da bomba atômica em cidades japonesas; as atrocidades nos campos de concentração

³ Artigo 5º [...] § 2º. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e no seu § 3º consta: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17/06/2009.

na Alemanha; as intolerâncias frente às minorias étnicas no continente africano; a fome; a miséria, tudo isso são exemplos de como a humanidade se compraz diante de diversas manifestações da violência, assimilando-a com naturalidade, trazendo como resultado geral a indiferença, mostrando-se como um simples dado do cotidiano, incluído dentre tantos outros transtornos da vida social.

Estes fatores contribuem sobremaneira para a diminuição da atenção devida a tão devastador fenômeno social, afastando análises mais profundas acerca dos nefastos efeitos pedagógicos atinentes a uma cultura da violência, internalizada no subconsciente das pessoas, projetando esta patologia para o campo social.

Vivemos, nos dias atuais, em uma tensão contraditória. Por um lado, a emancipação do indivíduo gerou o individualismo arrebatado; por outro, uma coletivização ao extremo, com o nivelamento de todas as diferenças, conduzindo, às mais variadas formas de tiranias.

Nesse contexto, enfraqueceram-se, sobremaneira, os laços de solidariedade que unem as comunidades, com impactos desagregadores no tecido social.

Atualmente, impõe-se tratar o fenômeno da violência de modo a que se permita relativizar o conceito de normalidade, que aparece configurada como o espaço oposto aos espaços da anormalidade, nos mais variados espaços da vida cotidiana, notadamente no campo das relações domésticas e familiares, o que passa a ser objeto de análise a seguir.

6. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER - CONCEITOS E POLÍTICAS CRIMINAIS PARA O ENFRENTAMENTO

No contexto da banalização do fenômeno da violência, em geral, insere-se a violência de gênero, em particular, a qual é agravada pela internalização deste fenômeno no trato das relações familiares, cuja tônica é o anonimato dos agressores das mais variadas formas de agressões intrafamiliar, cujas vítimas, em sua grande maioria, são as mulheres.

Ao menos no plano formal, o Brasil já contava com instrumentos legais destinados à coibição da violência doméstica neste país, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, eis que consta do seu artigo 226, § 8º que: *O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

Importante anotar que a regra constitucional apontou para a assistência estatal quanto à coibição da violência doméstica ou intrafamiliar, relativamente à proteção de todos os membros que integram o núcleo familiar, sejam eles crianças, adultos, jovens, idosos, homens ou mulheres, num claro indicativo de que a diretriz constitucional brasileira, de 1988, está em consonância como o conceito de violência doméstica, aprovado pela ONU, na Convenção de Beijing.

Numa análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que este Estado atuou em três segmentos distintos, por meio de Estatutos diversos, mas que se complementam, na seara da proteção contra a violência intrafamiliar, quais sejam: 1) o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído por meio da Lei n.º 8.069/90; 2) O Estatuto do Idoso, introduzido por meio

da Lei n.º 10.741/2003 e 3) A Lei Maria da Penha, editada sob o n.º 11.340/2006.

Embora a delimitação do objeto do presente trabalho se restrinja à análise da Lei Maria da Penha, importante ressaltar, em linhas gerais, que os três diplomas normativos integram o comando constitucional brasileiro, destinado ao combate da violência doméstica, como expressão de uma política jurídica voltada para a consecução do “cuidado”, como valor jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, o cuidado tem-se apresentado como um princípio jurídico implícito, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem *status* de fundamento do Estado⁴, voltado para a efetivação dos mecanismos de proteção Estatal, principalmente à coibição da violência no âmbito intrafamiliar, em face do sentido ético advindo da imperiosidade de proteção deste núcleo social e como forma de concretizar a afetividade, no campo das relações familiares.

Portanto, é nesse contexto de implementação do princípio do cuidado, norteador do princípio da dignidade da pessoa humana, em que a Lei Maria da Penha surge, constituindo-se em importante instrumento legal, que deverá ser operado sob o prisma da política jurídica de proteção legal dos entes familiares contra os atos agressivos praticados contra quaisquer dos seus membros, em consonância com o comando constitucional.

Na seara do controle penal da violência doméstica, mostra-se necessária a superação do modelo jurídico da família patriarcal vigente no Brasil, principalmente antes da Constituição da República de 1988, a qual inaugurou um novo paradigma da unidade familiar, pautada no respeito aos direitos humanos, à dignidade de seus membros e na igualdade entre os cônjuges.

Com efeito, no atual estágio da evolução da ciência jurídica e, principalmente, pelo aprimoramento da sociedade brasileira, não mais se afigura possível a defesa de posição jurídico-penal, outrora dominante,⁵ em que se admita a tolerância de a mulher casada ser objeto de estupro pelo marido, inexistindo crime em tais circunstâncias, diante da concepção arcaica de o marido agir no exercício regular de direito. Este pensamento revela o predomínio de uma cultura patriarcal, patrimonialista e de submissão da mulher às mais variadas formas de submissão e

⁴ Assim dispõe o artigo 1º, Inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17/06/2009.

⁵ Na década de 1950, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal e conhecido penalista Nélson Hungria, apesar de sua notável contribuição para a ciência penal, em diversas obras publicadas, infelizmente declarou expressamente uma posição de “coisificação” da mulher, que refletia o espírito de sua época ao defender a posição acima demonstrada, nos seguintes termos: “Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos conjugues.” (...) “O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito.” HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Volume VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 125-126.

que, infelizmente, apresenta seus resquícios nos dias atuais.

Atualmente, mostra-se imprescindível a superação de uma política criminal defasada no tempo, em que se reputa como exercício regular de um direito a prática do crime de estupro pelo marido contra sua mulher, para uma política jurídica adequada ao constitucionalismo contemporâneo, consentânea com o valor do cuidado como princípio do direito e adequada à valorização das diretrizes da dignidade da mulher, respeitando os seus direitos humanos, notadamente a igualdade.

Sobre a questão em foco, destaca-se a lição de BATISTA, que defende a idéia de que *a posição predominante pode ser assim sintetizada: o marido não pode cometer violência contra a mulher, salvo se for para obrigá-la à conjunção carnal. Se isso faz algum sentido, é o sentido de que a bestialidade e o desrespeito só encontram guarida no matrimônio.*⁶

Neste sentido, é necessária a percepção pelos operadores do Direito, especialmente os magistrados, quanto à função social de seus entendimentos, os quais precisam estar em conformidade com a política jurídica de promoção da igualdade dos gêneros, em consonância com o respeito aos direitos humanos femininos, com o objetivo de promover a convivência dos membros familiares, em ambiente livre de qualquer forma de violência, sob pena de perda da legitimidade social.

Superada a necessidade de adequação de concepções penais arcaicas atinentes ao tema de violência doméstica, ao novo modelo jurídico-político, instaurado no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, impõe-se a análise do fenômeno da violência intrafamiliar, no Brasil.

7. ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA

A homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que empresta seu nome à Lei n.º 11.340/2006, a qual dispõe sobre mecanismos tendentes à coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, remonta um lamentável episódio de graves ofensas aos direitos humanos das mulheres, bem como evidencia a omissão do Estado brasileiro, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, quanto à necessidade de, na prática, promover políticas criminais efetivas ao combate deste fenômeno destruturador de inúmeras famílias da sociedade brasileira.

Fruto da pressão internacional e da mobilização da sociedade civil, especialmente de diversas entidades não governamentais em defesa dos direitos femininos, o projeto de lei que redundou na edição da Lei n.º 11.340/06, conhecida por Lei Maria da Penha, iniciou sua tramitação em 2002, sendo sancionada pelo Presidente da República, no dia 07 de agosto de 2006, tendo entrado em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do dia 22 de setembro daquele ano.

Muito embora não seja recomendável a formulação legal de conceitos jurídicos, diante da dificuldade de evolução dos conceitos, quando se encontram hermeticamente contemplados em dispositivo legal, tem-se que o conceito de violência doméstica e familiar, cometida contra a mulher restou definido

⁶ BATISTA, Nilo. *Decisões criminais comentadas*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1976. p. 71.

pelo próprio artigo 5º, da Lei n.º 11.340/2006, como sendo *qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*⁷.

Já, nos incisos que integram este dispositivo legal, consta o campo de abrangência da lei, abarcando tanto a proteção da mulher no âmbito doméstico, assim como no âmbito familiar, bem como em qualquer relação de companheirismo, independentemente de coabitação.

A Lei Maria da Penha, por seu artigo 5º, Inciso I, ao expressar que o seu espectro de abrangência se dará na unidade doméstica, definiu este local, como sendo o *espaço de convívio permanente de pessoas*. Daí resulta a circunscrição do fenômeno da violência de gênero, ao âmbito do espaço da unidade doméstica, porquanto é no lar que ocorrem as controvérsias decorrentes do convívio conjugal, notadamente pela transformação do exercício compartilhado do poder familiar e tratamento isonômico a todos os membros da unidade familiar, valores jurídicos recentemente introjetados na consciência jurídica e social brasileira, após séculos de perversas discriminações e submissões impostas às mulheres, no seio do lar conjugal.

Importante destacar que a Lei Maria da Penha estende sua teia de proteção, somente aos membros da unidade doméstica do sexo feminino, protegendo, desta forma, a esposa, a companheira, a filha ou neta de um dos membros ou de ambos os cônjuges, assim como a ascendente de qualquer um deles, ou ainda, a mulher esporadicamente agregada, na expressão da lei, assim entendida como a pessoa do sexo feminino que provisoriamente convive no núcleo doméstico, como a ocorrente na relação de emprego doméstico, independentemente de esta pernoitar no seu local de trabalho ou não.

Releva destacar que ao se mencionar que a Lei Maria da Penha restringe seu âmbito de abrangência ao membro da unidade doméstica do sexo feminino, sem fazer sequer menção aos demais membros do lar, do sexo masculino, principalmente crianças e idosos, não significa que estes entes encontram-se desguarnecidos de proteção jurídica em relação ao fenômeno da violência doméstica, porquanto em uma análise sistemática do direito vigente pátrio, tem-se que há mecanismos constantes, tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto do Estatuto do Idoso, além da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, capazes de assegurar a proteção de todos os membros da unidade doméstica, vítimas de violência intrafamiliar. Este ponto será retomado adiante, quando da análise da constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

⁷ Estabelece o artigo 5º da Lei n.º 11.340/2006: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. *Lei Maria da Penha comentada*. Leme: Mundo Jurídico, 2007. p. 138.

O objetivo da Lei Maria da Penha é a coibição do fenômeno da violência doméstica, mesmo que, para tanto, seja necessário ultrapassar os limites estreitos e tradicionais da unidade doméstica. Noutras palavras, a lei estenderá sua proteção, mesmo nos casos de ocorrência de violência doméstica, cometida fora dos limites do lar conjugal.

Entretanto, para a adequação do conceito de violência doméstica contra a mulher à abrangência da Lei Maria da Penha, é necessário que a ação seja direcionada à pessoa do sexo feminino que esteja ligada ao agressor pelo vínculo de parentesco, seja este natural ou por afinidade, assim compreendido aquele previsto nos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil, ou ainda, os familiares decorrentes da vontade expressa dos entes familiares.

Desta forma, inclui-se, também, na abrangência da Lei Maria da Penha as relações familiares decorrentes de uniões estáveis, monoparentais ou ainda em uniões homoafetivas, ultrapassando, os clássicos conceitos de família, advindos do diploma civilista vigente no Brasil, para definir como unidade familiar, não somente aquelas pessoas em que lei disciplina, mas também os agentes que se ligam pelo vínculo da voluntariedade.

Portanto, a violência de gênero, mesmo praticada fora do âmbito do lar conjugal ou da unidade doméstica, terá incidência dos mecanismos protetivos da Lei Maria da Penha, se as agressões forem perpetradas pelos entes familiares, numa perspectiva extensiva desta entidade.

Em consonância com o artigo 5º, inciso III, da Lei Maria da Penha, tem-se que a rede de proteção insculpida por este diploma legal abarca *qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

Aqui, vislumbra-se a utilização da expressão afeto como a tônica à configuração da moderna concepção de núcleo familiar, refugindo do conceito estreito de família avinda do casamento formal, para abarcar outras formas de relações familiares, pautadas no vínculo afetivo, como se dá nos casos de namoro ou noivado, independentemente da coabitação dos envolvidos, desde que não se trate de relação afetiva transitória e passageira.

Importante pontuar que para a incidência da Lei Maria da Penha, a violência contra a vítima deverá estar jungida pelo nexos de causalidade entre a ação lesiva e a causa afetiva que a propiciou.

Vale dizer, a relação íntima de afeto deve ser, exclusivamente, a causa da violência praticada, afastando-se da incidência deste Estatuto, as agressões decorrentes de relações estranhas ao vínculo afetivo, tais como: as agressões oriundas de controvérsias laborativas, acadêmicas, esportivas, profissionais, dentre outras.

8. MECANISMOS PROCESSUAIS QUE OBJETIVAM REPRIMIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A Lei Maria da Penha inovou no ordenamento jurídico brasileiro diversos instrumentos processuais, de aplicação tanto no âmbito penal quanto na seara cível, no intuito de disponibilizar ao operador jurídico diversos mecanismos aptos a perfectibilizar a proteção da vítima frente ao fenômeno da violência doméstica.

Sobre as principais inovações constantes da Lei Maria da Penha, no que tange aos procedimentos policial e judicial dos feitos relacionados à violência doméstica, destaca-se a vedação quanto à utilização da vítima na entrega de notificação ou intimação ao agressor, emanadas pelos órgãos policiais e judiciais, relacionadas à violência doméstica, notadamente quando do deferimento de medidas protetivas em favor da vítima, como forma de preservar a integridade física ou até mesmo a vida desta.

Ademais, a Lei Maria da Penha determina que deve o juiz adotar medidas protetivas em favor da vítima que façam cessar a violência doméstica, tais como: o afastamento do agressor do lar conjugal; o impedimento de que este se aproxime da unidade doméstica; a vedação do agressor em manter contato com os familiares que convivam com a vítima; Também deve o magistrado encaminhar a mulher e os filhos que se encontrem em situação de risco, decorrente da agressão doméstica, a abrigos seguros, mantidos pelo Poder Público.

A Lei n.º 11.340/2006 possibilita a manutenção do vínculo trabalhista da vítima, nos casos em que esta esteja obrigada a afastar-se das atividades laborativas, em decorrência da violência doméstica.

Além disso, pelo Estatuto protetivo da violência doméstica, pode o Juiz decretar a separação de corpos do casal, fixar alimentos provisórios, bem como adotar medidas diversas, de cunho preventivo a danos patrimoniais à vítima, tais como: suspender procuração outorgada ao agressor e anular a venda de bens comuns.

No campo processual penal, a autoridade policial tem a incumbência investigatória, cabendo-lhe instalar o inquérito policial, afastando-se a possibilidade de formulação de termo circunstanciado.

Pela Lei Maria da Penha, a vítima estará sempre acompanhada de advogado, seja na fase policial ou na fase na judicial, sendo-lhe garantido pelo Estado o acesso os serviços da Defensoria Pública e da Assistência Judiciária Gratuita, como forma de propiciar que a dificuldade econômica da vítima à contratação de advogado não seja óbice para a punição do agressor.

Este Estatuto determina, também, que deve a vítima ser pessoalmente cientificada, quando o agressor for preso ou liberado da prisão, sem prejuízo da intimação de seu defensor.

Ressalte-se que, muito embora a Lei Maria da Penha tenha introduzido mais um requisito para a decretação da prisão preventiva, tem-se que a adoção da medida extrema de segregação do suposto agressor, provisoriamente, deve ser utilizada com bastante cautela e moderação, eis que não se trata de condenação em sentença após a instrução regular do processo, mas sim na forma de medida cautelar penal.

Assim, só se afigura aplicável a decretação da prisão preventiva do agressor da violência doméstica, nos casos de comprovada extrema necessidade e urgência da medida, sob pena de ser banalizado o instrumento da prisão provisória, em prejuízo da legitimação ética deste importante mecanismo de controle processual, inclusive no trato da violência familiar.

Igualmente merece destaque a alteração promovida pela Lei Maria da Penha, relativamente ao apenamento das lesões corporais de natureza

leve, decorrentes de violência familiar, conforme disposição do artigo 129, § 9º do Código Penal, bem como a criação de uma nova causa de especial aumento da pena, para o caso do crime de violência doméstica ser praticado contra pessoa portadora de deficiência.

Neste particular, a Lei Maria da Penha, ao alterar o apenamento do artigo 129, § 9º do Código Penal, reduziu o patamar mínimo da pena cominada, de 06 (seis) meses para 03 (três) meses de detenção. Embora esta lei tenha aumentado a pena, no que tange ao patamar máximo, originalmente em 1 (um) ano, passando para 3 (três) anos, tem-se que é consenso na literatura da dosimetria da pena que esta se inicia no patamar mínimo legal, além do que, teoricamente, possui conseqüências quanto à possibilidade de adoção de medidas desjudicializadoras, previstas na Lei n.º 9.099/95.

Os comandos normativos penais e processuais penais constantes da Lei n.º 11.340/2006 mostram-se consentâneos com a política criminal da severidade, extremamente repressora e evidenciam a incoerência lógica de diretrizes teóricas incidentes neste Estatuto com a política jurídica do Direito Penal mínimo, pautada na consensualidade, na desjudicialização de delitos de menor potencialidade lesiva e outros mecanismos de abrandamento do controle penal das relações sociais, que vem largamente sendo adotado no Brasil, nos últimos anos.

Com efeito, a Lei Maria da Penha trouxe dispositivos que vedam a aplicação dos procedimentos dos Juizados Especiais Criminais, nos casos de crimes decorrentes de violência doméstica, preconizando a proibição da aplicação de pena pecuniária, de multa ou, ainda, o fornecimento de cesta básica, como medida alternativa à prisão, fatores que revelam a adoção da matriz teórica do Direito Penal da severidade, que pela importância à pesquisa, serão retomados no próximo adiante.

9. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

No contexto do constitucionalismo moderno, tem-se que os direitos fundamentais dos cidadãos, dentre os quais os de proteção dos indivíduos contra toda a forma de violência doméstica, constituem-se em condição de legitimação do Estado e fundamento de existência deste Estado, sendo que a concretização dos valores fundamentais se mostra como função inarredável do Estado Democrático e Social de Direito.

Consectário desta dimensão constitucional, tem-se que a concretização dos valores constitucionais atinentes aos direitos fundamentais, notadamente no que se referem aos direitos humanos das vítimas de violência doméstica, constitui em missão inarredável do Estado brasileiro, não só por força dos tratados e convenções sobre o tema, ratificados pelo Brasil, já mencionados, mas também por expressa previsão na ordem constitucional pátria, quanto ao combate e eliminação desta triste patologia social.

Neste diapasão é que se encontra o debate acerca da constitucionalidade ou não da Lei Maria da Penha, em face, principalmente, da adequação ou não do princípio constitucional da igualdade, porquanto há nesta lei manifesto tratamento diferenciado dos gêneros, com vistas à proteção do ser humano do sexo feminino, em detrimento do masculino.

No âmbito da doutrina e jurisprudência brasileira, inicialmente, formou-se entendimento pela condenação da Lei Maria da Penha à inconstitucionalidade, em razão da criação, em seu bojo, de forma de discriminação de gênero, porquanto este Estatuto prevê instrumentos jurídicos de proteção à violência doméstica, apenas restritos à incidência em favor das mulheres, o que contraria o ideal de igualdade, constitucionalmente positivado.

Por meio deste entendimento, Juízes e Tribunais têm deixado de aplicar a Lei Maria da Penha, por entendê-la inconstitucional, em razão do tratamento privilegiado da lei em favor das mulheres, em detrimento dos homens.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, sob o argumento de ofensa ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, afastou a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, declarando sua inconstitucionalidade, formalmente⁸.

De outro lado, surgiram inúmeros entendimentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à constitucionalidade da Lei Maria da Penha, deduzindo, em síntese a inexistência de lesão ao princípio da igualdade, tendo em conta a aplicação material de discriminação positiva, facultada pela Carta Política, em face da diversidade havida na peculiar relação entre homens e mulheres, na convivência familiar e de afeto, com a constatação, majoritariamente, de imposição da submissão feminina aos interesses masculinos, por meio de atos agressivos, configuradores de violência doméstica.

Com tais argumentos, diversos tribunais pátrios⁹ manifestaram-se favoravelmente à constitucionalidade da Lei Maria da Penha, o que propiciou a

⁸ O acórdão mencionado, possui a seguinte ementa: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO. A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito. (TJMS, 2ª Turma Criminal, RE n.º 2007.023422-4/0000-00, Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Decisão proferida em 26/09/2007. Disponível em: <http://www.tj.ms.gov.br>. Acesso em: 10/01/2008).

⁹ Neste sentido, colhe-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sob a seguinte ementa: “PROCESSUAL PENAL - RECLAMAÇÃO - LEI MARIA DA PENHA - INAPLICABILIDADE DOS BENEFÍCIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS - CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41 DA LEI 11.340/06 - RECURSO PROVIDO - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Havendo materialmente desequilíbrio nas relações domésticas, encontrando-se as mulheres, via de regra, em situação de inferioridade nos aspectos psicológico, físico e financeiro, tais desigualdades tem de ser compensadas pelo intérprete. A interpretação teleológica do princípio constitucional do item I, do artigo 5º, da Carta Política, atribuindo às mulheres nos casos de violência doméstica maiores garantias, é indispensável para assegurar o equilíbrio de direitos e obrigações nas relações familiares. A Lei Maria da Penha nada mais é do que o instrumento preconizado pelo artigo 226, parágrafo 8º, pelo que não se encontra em conflito com o item I, do artigo 5º da Constituição Federal, mas com ele tem de ser interpretado sistematicamente.” (TJSC. Primeira Câmara

aplicação do leque de mecanismos ali constantes para o combate da violência familiar.

Diante da controvérsia acerca da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, no que se refere, principalmente, ao princípio constitucional da igualdade, em 19 de dezembro de 2007, o Presidente da República do Brasil ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, tombado sob o n.º ADC/19, com o objetivo de que seja declarada a constitucionalidade dos dispositivos integrantes da Lei Maria da Penha e, por consequência, seja determinada a suspensão dos efeitos às decisões jurisdicionais que neguem vigência à Lei n.º 11.340/2006. Até o presente momento não houve o julgamento do mérito da ação mencionada, sendo aguardado o pronunciamento da Corte Suprema, acerca da constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

No âmbito do objeto do presente do trabalho, procurar-se-á demonstrar a questão da constitucionalidade dos dispositivos integrantes da Lei Maria da Penha, sob o prisma da política jurídica, especialmente, com enfoque para a função dos Juízes e Tribunais, no que tange à responsabilidade estatal à efetivação dos direitos humanos, bem como ao combate da violência doméstica, extensivo a todos os membros componentes da unidade familiar.

10. LEI MARIA DA PENHA E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A gênese do combate à violência doméstica e familiar, no Brasil, encontra-se na esfera de fundamento da República, porquanto este fenômeno diz respeito à expressão do dever estatal de proteção à dignidade da pessoa humana.

A aparente vedação de discriminação de gênero encontra respaldo no Inciso IV, do artigo 3º, da vigente Constituição do Brasil, ao preconizar que *constitui objetivo do Estado brasileiro, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Da mesma forma, o *caput* e inciso I, do artigo 5º, da Constituição brasileira de 1988, estatui que *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

Especificamente, no que se refere à proteção dos entes familiares quanto ao fenômeno da violência doméstica, esta previsão consta do artigo 226, § 8º, da Carta Política de 1988.

Pois bem, relativamente ao entendimento de que a Lei Maria da Penha é inconstitucional, em razão da discriminação promovida no bojo de seu regramento, por efetivar tratamento diferenciado às mulheres, vítima de violência doméstica, em detrimento dos homens na mesma situação, tem-se que tal fundamento não resiste à análise do conteúdo material do princípio da igualdade.

Ora, já na Grécia Antiga, ARISTÓTELES delineou os primeiros contornos do conteúdo material do princípio da igualdade, insculpindo sentido por demais conhecido, pelo qual a isonomia consiste em tratar igualmente os iguais, na medida de suas igualdades e desigualmente os desiguais na proporção de suas desigualdades.

No contexto do constitucionalismo moderno, o princípio da igualdade, em sua fase embrionária, foi cunhado no seio das revoluções burguesas dos Séculos XVII e XVIII pela lógica liberal, segundo a qual todos são iguais perante a lei, com vistas a insculpir um sentido negativo de proteção do estado, ao rechaçar os privilégios sociais constantes do *ancien régime*, fundado nos privilégios decorrentes de nascimento e classe, presentes nas nobrezas, então combatidas.

Ocorre que com a evolução do constitucionalismo contemporâneo, principalmente, no Século XX, surgem novas diretrizes quanto à função estatal na esfera de proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à igualdade material, diante da insuficiência da filosofia liberal-burguesa para a proteção dos direitos humanos, fundamentados essencialmente na lógica da meritocracia, diante da complexidade que envolve toda a teia de estrutura nas relações sociais, da sociedade atual.

Com efeito, os dados auferidos no campo da realidade mostram-se como pano de fundo para a delimitação da igualdade material, servindo de fundamento dessacralizador da estrutura ideológica da meritocracia.

Nesta esteira, preciosa mostra-se a lição de RAWLS, para quem, *cada pessoa se encontra ao nascer, numa posição particular dentro de alguma sociedade específica, e a natureza dessa posição afeta substancialmente suas perspectivas de vida.*¹⁰

Desta forma, paralelamente à dimensão negativa ou proibitiva de lesão aos direitos fundamentais pelo Estado, seja por abstenção de ações desenvolvidas na esfera pública ou na coibição de atos praticados por particulares que violem o conteúdo valorativo dos direitos humanos, passa-se, doravante a compreender-se que o Estado possui obrigações de dimensão positiva, por meio das quais, este mesmo Estado deve desenvolver um papel ativo, com o fim de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.

No atual estágio de evolução do constitucionalismo, impõe-se ao Estado, também, um papel ativo, capaz de assegurar a igualdade de oportunidades a todos. Em outras palavras, constitui-se em inarredável obrigação do Estado a promoção positiva da igualdade de todos os cidadãos, considerando-se, a realidade fática de cada grupo social e promovendo ações tendentes à remoção de barreiras que impedem ou dificultam a realização da efetiva igualdade material de todos.

11. LEI MARIA DA PENHA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Inicialmente, impõe-se apresentar o conceito de ações afirmativas, as quais podem ser compreendidas como o poder-dever estatal de promover, no interior da sociedade, a igualdade fática, materialmente concretizada,

¹⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 14.

orientando-se, de tal maneira, para a nivelção e para a gestão das diferenças, através de um tratamento jurídico diferenciado, com vistas à consolidação da igualdade material de oportunidades sociais e na equivalência de direitos entre os distintos membros da sociedade civil, faticamente distintos.

Neste contexto é que surge a Lei Maria da Penha, no Brasil, com o objetivo de combater o fenômeno da violência doméstica, numa perspectiva de busca pela concretização do princípio material da igualdade, através da técnica de conceber tratamento diferenciado em favor da mulher, justificado diante dos dados auferidos cotidiano e pelo reconhecimento de uma cultura patriarcal empregada na sociedade brasileira, na qual a tônica é a discriminação, a submissão e a coisificação da mulher, no âmbito das relações domésticas e familiares.

Entretanto, ao longo dos últimos anos, impulsionado pelas convenções internacionais que tratam da erradicação da violência doméstica e diante da mobilização de diversos segmentos sociais em defesa dos direitos femininos, o governo brasileiro passou a catalogar dados sobre este fenômeno.

Segundo GUIMARÃES:

Os levantamentos dos índices de violência doméstica contra a mulher, [no Brasil], são assombrosos. De acordo com a pesquisa realizada pelo IBGE, no final da década de 1980, foi constatado que 63% das agressões físicas contra as mulheres são praticadas no âmbito das relações domésticas. Em pesquisa realizada em 2001 pela Fundação Perseu Abramo, a projeção da taxa de espancamento de 11% para o universo investigado de 61,5 milhões indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas pelo menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país, o que permite concluir que no Brasil, 175 mil por mês, ou 5,8 mil por dia, ou 243 por hora ou 4 por minuto, chegando à incrível e perversa conclusão de que, em cada 15 segundos, uma mulher no Brasil é vítima de violência doméstica.¹¹

Diante desta realidade, Juízes e Tribunais brasileiros vêm desempenhando papel de extrema relevância ao país, eis que, enquanto órgãos estatais incumbidos do controle da constitucionalidade, suas decisões encontram-se inexoravelmente vinculados não só à Constituição, mas também aos direitos fundamentais e, em especial, às ações afirmativas, ativas e positivas do Estado.

Essas ações afirmativas objetivam a concretização material da igualdade nos diversos segmentos que compõem a sociedade civil brasileira, por meio da aplicação, interpretação e integração das normas de natureza inclusiva, com vistas à promoção da igualdade material e objetivando conceber em tais diplomas a maior eficácia possível, na esfera do sistema jurídico brasileiro, como se dá no caso específico da Lei Maria da Penha.

¹¹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Lei Maria da Penha. Aspectos criminológicos de política criminal e do procedimento penal*. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 25-26.

Portanto, a realidade fática permite concluir ser plenamente possível o desenvolvimento de ações afirmativas no campo da violência doméstica, por meio de tratamento diferenciado em benefício da mulher que se encontrar em situação de violação de seus direitos humanos.

Desta forma, impõe-se o reconhecimento de que a Lei Maria da Penha não ofende ao princípio constitucional da igualdade. Ao revés, coaduna-se com este princípio, na medida em que propicia a adoção de mecanismos aptos a equilibrar as condições, naturalmente desfavoráveis da mulher, na maioria das situações concretas de violência doméstica apresentada.

12. A NECESSIDADE DA EXTENSÃO DA PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ÀS CRIANÇAS, IDOSOS E ADULTOS

De outro vértice, não se mostra contraditório, ao contrário, reforça o apoio ao sistema de proteção contra a violência doméstica, a defesa de que, no âmbito do convívio familiar, os mecanismos protetivos, constantes da Lei Maria da Penha possam ser aplicados, não somente em favor da mulher, mas também para a defesa dos interesses de crianças, idosos e adultos. Independentemente de pertencerem ao grupo do sexo masculino ou feminino, desde que sejam vítimas de alguma das formas de violência doméstica e familiar, todos são detentores dos atributos imanentes à dignidade da pessoa humana, os quais se encontram protegidos pelo feixe de mecanismos atinentes à esfera dos direitos fundamentais.

O comando constitucional brasileiro, do qual emana o fundamento da Lei Maria da Penha, não restringe a proteção do fenômeno da violência doméstica às mulheres. Ao revés, o artigo 226, § 8º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assegura a proteção contra a violência familiar a todos os integrantes do núcleo familiar, nos seguintes termos: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

Como visto anteriormente, o Estado brasileiro optou pelo disciplinamento protetivo, na seara das relações familiares e privadas, por meio de edição de microssistemas separados, mas que se interligam, através do comando constitucional, em análise. Assim, inicialmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu como instrumento, também, para a proteção dos membros juvenis que integram o núcleo familiar. Posteriormente, o Estatuto dos Idosos trouxe ao ordenamento jurídico pátrio mecanismos de proteção deste segmento da sociedade, também, para a proteção contra as diversas formas de violência doméstica. E, por fim, a Lei Maria da Penha encerra a edição de mecanismos aptos à proteção do ser humano do sexo feminino, nas relações intrafamiliares.

De outro lado, há que se destacar que o fenômeno da violência doméstica não pode ser atribuído exclusivamente à mulher, na situação de vítima. Os repertórios de casos tramitantes na Justiça brasileira registram, embora em número infinitamente menor, alguns casos de agressões domésticas praticadas por mulheres contra homens, cuja situação concreta demonstrará se se trata de parte vulnerável da relação, caso em que, este também merecerá a proteção legal, na medida em que igualmente detém o direito fundamental ao convívio familiar sem violência, não se afigurando legítima e constitucional a adoção da doutrina da

proteção unilateral, para a proteção somente da mulher, em caso de violência doméstica.

Neste contexto, não restam dúvidas de que os mecanismos protetivos constantes da Lei Maria da Penha, para guardar pertinência com o dispositivo constante do artigo 226, § 8º, da Constituição da República Federativa do Brasil, podem e devem ser estendidos a todos os membros integrantes da unidade familiar, vítimas de violência doméstica. Assim, não somente a mulher estará acobertada pelo manto protetivo da Lei Maria da Penha, mas também as crianças os idosos e os adultos, independentemente do sexo, seja em decorrência da proteção advir de outros sistemas normativos ou pela evidência concreta da situação apresentada em juízo, demonstrar a vulnerabilidade de qualquer um dos membros familiares, a merecer a proteção legal.

Relativamente à questão constitucional deste aspecto, tem-se que se afigura plenamente possível a preservação da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, tão-somente com a extensão do seu feixe de proteção deste Estatuto aos demais membros familiares, acima indicados, por meio da técnica da interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, também conhecida por sentenças aditivas, que passa a ser objeto de análise, a seguir.

13. A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA SEM REDUÇÃO DE TEXTO OU SENTENÇAS ADITIVAS

Para compatibilizar os dispositivos constantes da Lei Maria da Penha com o comando constitucional previsto no artigo 226, § 8º da Constituição da República Federativa do Brasil, com o fim de preservar a constitucionalidade da lei, é possível os órgãos do Poder Judiciário valerem-se da técnica da interpretação da Lei Maria da Penha conforme a constituição, sem redução de texto, também conhecida por sentenças aditivas.

No âmbito do constitucionalismo moderno, desde a segunda metade do século passado, tem-se desenvolvido novas técnicas e métodos interpretativos constitucionais, por meio dos quais se afigura possível aos Juízes e Tribunais resolverem situações de inconstitucionalidade de atos normativos, com vistas a preservar a ordem política e jurídica da Lei Maior. Uma dessas técnicas se trata da interpretação conforme a constituição.

A finalidade desse método hermenêutico é possibilitar que as leis ou atos normativos, que de alguma forma estejam em desconpasso com a norma fundamental, sejam mantidos no ordenamento jurídico, declarando-se sua constitucionalidade, porém, vinculada à interpretação proclamada pelo órgão judicante que seja compatível com o texto constitucional.

No caso da Lei Maria da Penha, mostra-se plenamente possível a adoção da técnica da interpretação constitucional conforme a constituição, sem redução de texto, na medida em que os instrumentos desta lei possam ser aplicados não somente em favor das mulheres, vítimas de violência doméstica, mas também estendida a compreensão semântica da lei para abranger crianças, idosos e adultos, independentemente do sexo, que se encontrem em situação de vulnerabilidade, enquanto vítimas de violência intrafamiliar, ampliando-se, desta forma, o alcance valorativo da expressão “violência doméstica contra a mulher” para “violência doméstica contra as pessoas”, para o fim de adequar o

conteúdo da Lei Maria da Penha à previsão do artigo 226, § 8º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em sede jurisprudencial, consta decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido ora defendido neste trabalho, nos seguintes termos:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - JUIZADO ESPECIAL E JUSTIÇA COMUM - ART. 33 E ART. 41 DA LEI 11.340/06 - INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL - TUTELA LEGÍTIMA - APLICAÇÃO GERAL - SOLUÇÃO. Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), mas cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/06 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal restritiva de sua aplicação às mulheres, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. Competência do Juízo Suscitante. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.458416-0/000, Rel. Des. Judimar Biber, Acórdão publicado em 28/08/2007)¹².

Portanto, no trato da questão da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, tem-se que, pelos delineamentos formulados, afigura-se plenamente possível a adoção de medidas processuais diferenciadas, quanto à discriminação com base no gênero, objetivando a proteção da mulher, vítima de violência doméstica, por meio da adoção de ação afirmativa, no âmbito legislativo, na busca da consecução da igualdade material do princípio da igualdade, tendo em conta as peculiaridades e discriminações historicamente impostas às mulheres.

De outro lado, no caso de entendimento de que a Lei Maria da Penha afronta o princípio da igualdade, esta circunstância mostra-se possível de ser superada, por meio da adoção da técnica de interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, para o fim de abarcar os demais membros integrantes da unidade familiar, vítimas de violência doméstica, notadamente crianças, adolescentes, idosos e adultos, independentemente do sexo, tendo em conta o sistema de proteção específico para estes grupos sociais.

Com efeito, a aplicação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro permite concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto dos Idosos e a Lei Maria da Penha constituem-se expressão do fenômeno da judicialização das relações privadas, os quais se interligam para o fim de formar uma

¹² TJMG, 1ª Câmara Criminal, Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.458416-0/000, Rel. Des. Judimar Biber, Acórdão publicado em 28/08/2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em 17/06/2009.

teia de proteção a estes grupos sociais, com vistas a dar efetividade ao princípio da dignidade humana e aos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, todos os componentes da unidade familiar devem ter, não somente o direito ao convívio livre de violência, mas também, o direito à convivência com os demais integrantes deste núcleo, de forma fraterna, afetiva e solidária, fortalecendo os vínculos do amor, da ética e da moral, que devem permear as relações no âmbito da entidade familiar.

Com base na utilização da noção de cuidado como valor jurídico, pode-se afirmar que o zelo no trato das complexas relações familiares constitui-se em antídoto eficaz para a superação das crises domésticas, porquanto desvenda possibilidades de solucionamentos internos, pelo próprio grupo social envolvido, evitando-se a indevida intervenção penal em grande número de casos, em que seja plenamente palpável a superação de eventual trauma, por meio de mecanismos consensuais.

Analisadas as raízes da violência sob os aspectos históricos e organizacionais da sociedade brasileira, bem como investigado o fenômeno da violência doméstica contra a mulher, assim como os dispositivos da Lei Maria da Penha, inclusive quanto à questão da constitucionalidade, impõe-se, doravante, perquirir políticas jurídico-criminais adequadas para o tratamento processual dos crimes relacionados à violência doméstica.

Neste sentido, a investigação acerca da possibilidade de adoção de mecanismos consensuais do Direito Penal brasileiro, para o controle criminal da violência doméstica, especialmente a utilização de institutos previstos no microsistema dos Juizados Especiais Criminais, será objeto de análise, a seguir.

14. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Inexorável que frente à falência da prisão como modelo de ressocialização no sistema de controle penal, atualmente é largamente defendida a idéia da utilização da pena prisional, somente aos crimes excepcionais, como medida de extrema necessidade e em situações de derradeiro recurso repressivo.

No lugar da pena prisional, como modelo sancionador dos delitos de pequena e média lesividade, os quais não ofendem bens jurídicos fundamentais, hodiernamente, está sedimentada a concepção da necessidade de implementação de medidas alternativas à prisão, sejam elas de prestação de serviços à comunidade ou órgãos públicos, de perda de bens, de prestação pecuniária, de limitação de direitos. Estas medidas podem ser impostas ao agressor por meio de substituição da pena privativa de liberdade, por suspensão condicional da pena ou, ainda, por meio de transação penal.

As medidas alternativas à prisão acabaram por mitigar sobremaneira o modelo penitenciário, então dominante, sendo introduzidas, no Brasil, principalmente por meio da Reforma do Código Penal, implementada pelas Leis n.º 7.209/84 e 9.714/98, bem como pela criação de um microsistema próprio, destinado a regular o processamento dos delitos de menor potencialidade lesiva, através da edição da Lei n.º 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, no Brasil.

A Lei que instituiu os Juizados Especiais - Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1.995, insere-se no contexto de mudança de rota no processo de

transição da democracia no Brasil, norteados pela introdução das exigências do mercado globalizado neste País, como fator determinante à readequação da vida em sociedade, com notórios reflexos na amplitude das demandas inerentes à cidadania, junto ao Poder Judiciário.

Assim, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, como expressão máxima da política jurídica de implantação de um modelo de justiça consensual, calcado em meios conciliatórios de resolução de conflitos, foi erigido em nível constitucional, na forma do artigo 98, Inciso I, da Constituição Federal de 1.988.

Com a constitucionalização dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no Brasil, ampliaram-se os debates em torno da implantação de uma justiça penal consensual, porquanto no contexto de inflação legislativa, notadamente na área penal, com a crescente judicialização das relações sociais, especialmente as decorrentes das relações privadas, como se dá no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, focalizou-se a atenção para três técnicas distintas, tratadas no plano internacional, a saber: a desjudicialização, a despenalização e a descriminação.

Iluminados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, almejando sempre a possibilidade de conciliação ou transação penal, os Juizados Especiais Criminais constituem-se em um microsistema próprio dentro do ordenamento jurídico, cujo procedimento peculiar preconizado na Lei n.º 9.099/95.

A Lei dos Juizados Especiais resgatou para o Poder Judiciário uma litigiosidade contida, referente às ofensas a bens jurídicos penais de menor gravidade, bem como lesões a direitos na seara cível, em geral sofridos pelas camadas economicamente menos favorecidas da população brasileira, que sequer chegavam ao conhecimento do Poder Judiciário, ante os vetustos mecanismos procedimentais que impediam a apreciação das demandas desta natureza.

Este mesmo fenômeno pode ser observado na violência doméstica e familiar contra as mulheres, eis que, por se tratarem de ofensas a direitos cometidos, ordinariamente, na esfera da relação privada, o Estado sequer tinha conhecimento da dimensão deste mal, dificultando, sobremaneira, a formulação de políticas públicas, notadamente, no âmbito do Poder Judiciário para atender tais demandas.

Neste particular, afigura-se fundamental à implementação da Lei Maria da Penha, a adoção de política jurídica, no âmbito do Poder Judiciário, objetivando a respeitar o juízo de conveniência da vítima, em situação de violência doméstica, no que tange ao processamento ou não de seu agressor, afigurando-se esta, talvez uma das maiores medidas de proteção à mulher nesta situação, embora não haja regramento expresso neste sentido.

O risco de se afastar por completo todos os instrumentos integrantes do sistema dos Juizados Especiais Criminais, especialmente a exigência da representação da vítima, nos casos de crimes de lesões corporais leves ou culposas decorrentes de violência doméstica, é o de ser conivente com o desproporcional agigantamento do Estado frente ao indivíduo, arvorando-se no direito de processar criminalmente o agressor, independentemente do interesse da vítima.

Este proceder, além de se constituir num evidente excesso de judicialização social, com a desnecessária intervenção do Estado na esfera privada, representa notório retrocesso do ponto de vista da legitimação social do Poder Judiciário, na medida em que propicia que cada vez mais as vítimas optem pelo silêncio e deixem de levar ao conhecimento das autoridades públicas o triste fenômeno da violência doméstica, em face da certeza do processamento criminal do agressor, quando a vítima não mais tem interesse na persecução criminal, seja pelo restabelecimento da paz no seio do lar conjugal, seja pelo rompimento harmonioso desta sociedade.

15. NATUREZA DA AÇÃO PENAL DO CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E CULPOSAS, NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA

O tópico presente refere-se ao ponto central da política jurídica a ser implementada no âmbito da Lei Maria da Penha, porquanto se afigura enorme descompasso entre algumas decisões judiciais e entendimentos doutrinários, com os objetivos de promover os direitos humanos da mulher, por meio de valorização dos seus interesses, os quais motivaram a criação da Lei Maria da Penha.

Com o advento da Lei n.º 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, tanto os autores de obras sobre o tema, quanto Juízes e Tribunais brasileiros passaram a discutir acerca da natureza da ação penal, em crimes de lesão corporal, praticados no âmbito das relações domésticas e familiares, havendo enormes divergências no trato da ação penal no crime em análise, tendo alguns defendido que se trata de ação penal pública incondicionada e outros apresentado argumentos em favor de que se trata de ação penal pública condicionada à representação da vítima.

O ponto nevrálgico da discussão reside na determinação de que, em regra, a ação penal é pública incondicionada, reservando-se os casos de ação penal privada ou pública condicionada à representação, somente quando a lei expressamente determinar.

No crime de lesões corporais, tipificado no artigo 129 do Código Penal, é assente que ação penal era pública incondicionada, ante a inexistência de ressalva legal, quanto à natureza da ação penal, havendo unanimidade quanto a esta conclusão.

Ocorre que a Lei n.º 9.099/95, que implementou os Juizados Especiais no Brasil, ao tratar da natureza da ação penal no crime de lesões corporais leves e culposas, estabeleceu para tais casos, que a ação penal é pública condicionada à representação¹³, exigindo, portanto, a manifestação da vítima como condição de procedibilidade para a instauração da ação penal tendente à imposição de pena para os casos de prática do crime de lesões corporais leves ou culposas.

Portanto, com o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais não restou dúvida de que o crime de lesões corporais leves ou culposas passou a ser processado mediante ação penal pública condicionada à representação, não havendo discordância, a este particular.

¹³ O artigo 88 assim positiva: "Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas". BRASIL. Lei n.º 9.099/95. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. acesso em 17/06/2009.

A celeuma efetivamente se instalou quando, por ocasião da edição da Lei Maria da Penha, restou afastada a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, nos casos de crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da cominação da pena ao crime cometido.¹⁴

Como se vê, nem a Lei dos Juizados Especiais Criminais tampouco a Lei Maria da Penha procederam à alteração legislativa no bojo do Código Penal, quanto à natureza da ação penal nos casos de apuração de crime de lesões corporais, seja leve ou culposa, residindo aí, as raízes da polêmica sobre o tema, a qual se mostra longe do consenso, seja no âmbito doutrinário, seja no limite dos entendimentos proferidos nos mais diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

Na doutrina, surgiram defensores de que a ação penal voltou a ser pública incondicionada, nos casos de crimes de lesões corporais leves ou culposas, praticadas contra a mulher, em situação de violência doméstica.

Neste mesmo sentido, BASTOS defende que *a ação penal nos crimes de lesões corporais leves e culposas regidas pelo âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha voltou a ser pública incondicionada*.¹⁵

Idêntico posicionamento é defendido por GOMES e BIANCHINI, fazendo ressalva, entretanto, aos limites de aplicação da ação penal pública incondicionada, restringindo-a apenas aos crimes de lesões corporais leves dolosas, praticadas sob a égide da Lei Maria da Penha, excluindo, assim, os casos de lesões corporais culposas, pelos seguintes fundamentos:

A ação penal nos crimes de lesão corporal dolosa simples contra a mulher nas condições previstas na Lei 11.340/2006 passou a ser pública incondicionada (note-se que a mudança na natureza da ação só tem pertinência nos crimes dolosos, porque nestes tem relevância a situação da mulher como vítima; parece não ter nenhum sentido qualquer alteração nos crimes culposos, que não justificam o afastamento da exigência de representação).¹⁶

No âmbito do Poder Judiciário, diversos Juízes e Tribunais, inicialmente, defenderam posicionamento idêntico ao acima aduzido, no sentido de ser pública incondicionada a ação penal tendente a apurar a responsabilidade penal em crime de lesões corporais leves ou culposas, praticado por meio de violência doméstica ou familiar.

¹⁴ Nestes termos é o artigo 41 da Lei n.º 11.340/2006. “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”. LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. *Lei Maria da Penha comentada*. Leme: Mundo Jurídico, 2007. p. 149.

¹⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei “Maria da Penha”: alguns comentários*. ADV Advocacia Dinâmica. Seleções Jurídicas, n.º 37. Rio de Janeiro: dez. 2006. p. 1-9.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Lei da violência contra a mulher: inaplicabilidade da lei dos Juizados Criminais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9009>. Acesso em: 28 mar. 2009.

O Superior Tribunal de Justiça, pela Sexta Turma, apreciou a matéria, quando da análise do *Habeas Corpus* n.º 106.805-MS, relatado pela Ministra Jane Silva, concluiu por se tratar de ação penal pública incondicionada, dispensando a representação da vítima, em processo de crime de lesões corporais leves ou culposas, em situação de violência doméstica¹⁷.

De outro lado, defendendo posicionamento diametralmente oposto na jurisprudência, recentemente, em 05/03/2009, o assunto voltou a ser objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, por meio da Sexta Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 113.608-MG, relatado pelo Ministro Og Fernandes, concluiu que, para o processamento do crime de lesão corporal leve, praticado no âmbito da Lei Maria da Penha, a ação penal é pública condicionada à representação, sendo imprescindível a manifestação favorável da vítima para a persecução criminal, ficando assentado no julgado que *a dispensa da representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais*.¹⁸

Esta decisão mais não se encontra isolada do entendimento doutrinário. Ao contrário, várias vozes no campo doutrinário sustentam a posição defendida neste julgamento, com os argumentos que se passa a delinear.

DIAS¹⁹, ao abordar o assunto em foco, defende a disponibilidade da ação penal pelas vítimas de agressões domésticas, mesmo em condutas que resultem em lesões corporais leves ou culposas, as quais podem não representar, quando ainda não ajuizada a ação penal, bem como renunciarem ou desistirem da demanda, quando estão em trâmite.

¹⁷ “LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. A Turma, por maioria, denegou a ordem, reafirmando que, em se tratando de lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito familiar contra a mulher, a ação é, necessariamente, pública incondicionada. Explicou a Min. Relatora que, em nome da proteção à família, preconizada pela CF/1988, e frente ao disposto no art. 88 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que afasta expressamente a aplicação da Lei n. 9.099/1995, os institutos despenalizadores e as medidas mais benéficas previstos nesta última lei não se aplicam aos casos de violência doméstica e independem de representação da vítima para a propositura da ação penal pelo MP nos casos de lesão corporal leve ou culposa. Ademais, a nova redação do § 9º do art. 129 do CP, feita pelo art. 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo a pena máxima de três anos à lesão corporal qualificada praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos juizados especiais e, por mais um motivo, afasta a exigência de representação da vítima. Conclui que, nessas condições de procedibilidade da ação, compete ao MP, titular da ação penal, promovê-la. Sendo assim, despidianda, também, qualquer discussão da necessidade de designação de audiência para ratificação da representação, conforme pleiteava o paciente.” (Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 106.805-MS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 3/2/2009. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 17/06/2009).

¹⁸ “LEI MARIA DA PENHA. REPRESENTAÇÃO. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, mudando o entendimento quanto à representação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Considerou que, se a vítima só pode retratar-se da representação perante o juiz, a ação penal é condicionada. Ademais, a dispensa de representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais”. (Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma - HC 113.608-MG, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 5/3/2009. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 17/06/2009).

¹⁹ 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: RT, 2007. p. 119-120.

16. RAZÕES DE POLÍTICA JURÍDICA EM FAVOR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA

Diante da polêmica travada quanto à natureza da ação penal no tratamento do crime de lesões corporais leves, praticado em situação de violência doméstica, impõe-se um posicionamento favorável à disponibilidade da ação penal, por parte da vítima, na circunstância de violência familiar, numa perspectiva de política jurídica, atinente à finalidade da Lei Maria da Penha.

Em que pese a Lei Maria da Penha tenha galgado significativos avanços, conforme demonstrado no decorrer desta pesquisa, entretanto, no particular tratamento dispensado à natureza da ação penal quanto aos crimes de lesões corporais leves ou culposas sob sua égide, no entender deste pesquisador, mostra-se um retrocesso, eis que a aplicação do artigo 41 da Lei n.º 11.340/2006 distancia-se de uma apreciação sistêmica, voltada a prestigiar os interesses das vítimas de violência doméstica.

Com efeito, na medida em que a Lei Maria da Penha, por meio do seu artigo 41, propõe-se a afastar completamente a incidência da Lei n.º 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais, do âmbito de abrangência dos procedimentos decorrentes de violência doméstica, por via reflexa, acaba abolindo a possibilidade de conciliação entre as partes envolvidas, especialmente nos casos de agressões resultantes em lesões corporais leves ou culposas.

Desta forma, retira da vítima de violência doméstica, a função de protagonista desta relação familiar, porquanto diante da complexidade da relação afetiva, aborta a possibilidade de esta sopesar as desvantagens de prosseguir com a ação penal, em detrimento da continuidade na relação afetiva, acaso a vítima demonstre interesse em reatar esta relação conjugal.

Ao proceder assim, o Estado, por meio do Juiz, distancia-se, sobremaneira, do caráter protetivo que a Lei Maria da Penha busca conceder à vítima de violência doméstica, não só no aspecto penal, como também na seara das relações familiares a afetivas.

Neste sentido, se a vítima optar em não representar criminalmente seu agressor, por certo, as chances de um acerto do conflito familiar entre as partes serão muito maiores, o que evidencia que o direito à representação ou não constitui-se em instrumento de negociação poderoso em favor da vítima de violência doméstica, que pode ser utilizado para exercer pressão psicológica, necessária para equilibrar a relação de submissão que vinha sendo submetida.

De outro lado, em renunciando ao direito de representação criminal de seu agressor, a vítima de violência familiar acabará dispensando o uso dos instrumentos de proteção constantes da Lei Maria da Penha. Esta situação deverá ser sopesada pela vítima e advertida pelo Juiz, durante a audiência específica para essa finalidade, de que trata o artigo 16 da Lei n.º 11.340/2006.²⁰

²⁰ Art. 16. da Lei Maria da Penha: “Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público” LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. *Lei Maria da Penha comentada*. Leme: Mundo Jurídico, 2007. p. 143.

Com efeito, afigura-se compatível a operacionalidade da ação penal pública condicionada à representação, mesmo em casos de lesão corporal leve ou culposa, com a inibição de coação à vítima de violência doméstica, pelo agressor, na medida em que a própria Lei Maria da Penha prevê a realização de audiência para oitiva da vítima perante o Juiz, sendo o ato acompanhado pelo Ministério Público, com a finalidade específica de cercar o ato com as garantias necessárias para que a vítima, espontaneamente e sem nenhuma ameaça de coação possa expressar sua vontade de renunciar o direito à representação ou prosseguir na persecução penal.

Na hipótese de a vítima manifestar a intenção de renunciar à ação penal ou desistir, acaso já tenha sido intentada, cumpre à Autoridade Jurisdicional homologar a desistência e comunicar à autoridade policial para que proceda ao arquivamento do inquérito, ou prolatar sentença extinguindo a punibilidade do agente, caso a ação esteja em trâmite.

Como se vê, a utilização do artigo 41, da Lei Maria da Penha, que trata do afastamento da Lei dos Juizados Especiais aos delitos cometidos sob a égide da violência doméstica, se aplicado de forma divorciada do sistema jurídico penal e processual penal, por certo fomentará o acirramento dos litígios entre entes familiares.

Portanto, a adoção de uma excessiva severidade penal, bem como o enrijecimento do processamento no trato da violência doméstica não se mostram ferramentas adequadas e eficazes ao solucionamento das complexas relações íntimas e de afetos vivenciados no ambiente doméstico e familiar, preconizadas pela Lei Maria da Penha, ocasionando, inclusive, ofensa aos direitos humanos das vítimas, por ceifar-lhes o direito à liberdade de expressar sua manifestação consciente.

De fato, do ponto de vista da política do direito, afigura-se consentâneo com uma interpretação teleológica e sistêmica reputar a ação penal por crimes de lesões corporais leves ou culposas, como pública condicionada à representação, na medida em que propicia uma construção normativa pelo operador jurídico, com vistas a valorizar a vítima em situação de violência doméstica, concebendo-lhe a autodeterminação no que atine ao encaminhamento do aspecto penal do litígio familiar, com vistas a projetar sua decisão num âmbito mais abrangente, inserindo-se aí a complexa teia de circunstâncias que envolvem as diversidades nas relações íntimas e de afeto.

Este entendimento coaduna-se com o reconhecimento de que o Estado Punitivo, por meio dos sistemas de Direito Penal e Processual Penal, só deverá interferir na esfera da intimidade da vítima, na medida em que sua beneficiária maior, a mulher em situação de violência doméstica, aceitar tal intervenção no âmbito privado, sob pena de inversão da lógica de proteção constante da Lei Maria da Penha, aniquilando a autonomia de vontade da vítima, ceifando-lhe a liberdade no que atine à condução de sua vida privada.

No âmbito cível, manifesta-se evidente contradição, bem como refoge às finalidades da Lei Maria da Penha, pretender que, depois de havida a reconciliação do casal, no âmbito conjugal, prossiga a ação penal por crime de lesões leves, culminando com tormentoso processamento penal, o qual poderá redundar em condenação criminal, tempos depois, momento em que o casal, não

raras vezes, já se encontra em harmonia conjugal, havendo superado o momento de crise, que ensejou a intervenção estatal na seara criminal.

Da mesma forma, continua incompatível com os objetivos da Lei Maria da Penha, o processamento do agressor na esfera penal sem o consentimento da vítima, em crime de lesão leve, se a relação familiar houver consensualmente sido resolvida pela via da separação judicial, se casados ou da dissolução da sociedade de fato, para o caso de relação de convivência.

Ora, mostra-se ofensivo ao sistema normativo a continuação do processo penal, com sua natureza litigiosa no momento em que, no campo cível, o magistrado vem empreendendo esforço redobrado para a homologação da separação judicial ou se já dissolvida a relação de convivência do casal, de forma consensual, de maneira que restem estipuladas as condições da dissolução do relacionamento, por meio das deliberações amigáveis entre as partes, atinentes à prestação alimentícia, divisão de bens e guarda de filhos, condições de visitação aos filhos e nome dos separandos.

Neste diapasão, importa ressaltar que a possibilidade de trancamento do inquérito policial ou renúncia à ação penal por crime de lesões leves, qualificada pela violência doméstica, em muito auxiliará na composição dos litígios, envolvendo os diversos aspectos de Direito de Família, em que as partes estão submetidas, questões estas que se mostram de maior relevância para as partes, notadamente a vítima, quando comparada à imposição de uma pena criminal ao agressor, com a manifesta ausência de interesse da vítima na persecução penal.

Instaurar ou manter o processamento penal do agressor de violência doméstica, em crimes de lesões leves ou culposas, com a expressa discordância da vítima colide com os objetivos da Lei Maria da Penha, na medida em que a vítima, ao saber que após comunicar o fato à Autoridade Policial perderá completamente a disponibilidade da ação, porquanto aquele será necessariamente processado, independentemente da vontade da vítima.

Diante desta realidade, é crível constatar que inúmeras mulheres vítimas de violência doméstica manterão o silêncio da agressão, não levando os fatos agressivos ao conhecimento das autoridades, o que acabará por afrontar um dos maiores objetivos da Lei 11.340/2006, que é justamente o de propiciar que vítimas de violência doméstica registrem as agressões, para que o Estado possa, primeiro, mensurar o grau desta patologia social e; segundo, aprimorar os mecanismos aptos à coibição da violência familiar.

Ademais, nos casos em que a vítima manifesta-se expressamente perante a Autoridade Jurisdicional, cercada das cautelas à preservação de sua vontade, isenta de coação, na forma do artigo 16, da Lei Maria da Penha, de maneira contrária ao prosseguimento da ação penal contra o seu agressor, nos casos de crime de lesões leves ou culposas, a continuidade do feito criminal mostra-se como excesso de intervenção estatal na esfera privada das partes envolvidas.

Assim, o Processo Penal não mais possui a legitimação necessária para prosseguir, porquanto despreza por completo os interesses da vítima, aviltando-a no seu último refúgio, representado no seu lar conjugal, no seio de sua família, local em que, ninguém mais do que a própria vítima é conhecedora das razões que levam a prosseguir com ação penal contra seu agressor ou

superadas as divergências conjugais, consolidar um convívio harmônico com os membros familiares.

Portanto, em se tratando de crimes que admitem a representação da vítima, dentre os quais se incluem o delito de lesões corporais leves ou culposas, abrangidos pela Lei Maria da Penha, evidencia-se que a autonomia da vontade da vítima deve prevalecer para justificar os objetivos perquiridos por este Estatuto.

Por outro enfoque, tem-se que o sistema legal pátrio propicia a adoção de mecanismos jurídicos consensuais e alternativos à imposição de pena prisional aos crimes relacionados à violência doméstica, de menor e média ofensividade lesiva, como forma adequada de conciliar a política jurídica de proteção dos direitos humanos das mulheres com a política criminal do Direito Penal mínimo, sedimentada no Brasil.

17. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, neste espaço, serão trazidas as principais ponderações firmadas no curso da investigação que dá sustentação ao presente trabalho, de forma sintética e sem a pretensão de esgotar o conteúdo, acerca do fenômeno da violência doméstica e familiar.

Relativamente à questão da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, embora tenham sido apresentadas sustentações no sentido da inconstitucionalidade desta lei, porém as investigações apontaram para a possibilidade de preservação da constitucionalidade deste Estatuto, seja por meio da compreensão de que se trata de ação afirmativa, em que se procura imprimir a igualdade material às mulheres, ou seja pela utilização da técnica de interpretação constitucional sem redução de texto, ou sentenças aditivas.

A pesquisa demonstrou a plena possibilidade de extensão dos mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha, não só às mulheres, mas também, às crianças, aos adolescentes, aos idosos e aos adultos, enfim, a todos os componentes da relação familiar, que sejam vítimas de violência doméstica, como forma de preencher a o conteúdo material do princípio da igualdade, com vistas a adequar os dispositivos constantes desta Lei ao conteúdo normativo expresso no artigo 226, §8º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

De outro vértice, as investigações evidenciaram a imprescindibilidade da representação da vítima para o fim do processamento penal do agressor, pela prática do crime de lesões corporais leves ou culposas, cometidas no âmbito de incidência da Lei Maria da Penha. Nestes delitos, a natureza da ação penal há de ser pública condicionada, como medida de política jurídica voltada à valorização da autonomia da vontade da vítima.

Ademais, os estudos evidenciaram que a adoção de política jurídica voltada para o solucionamento de litígios familiares pautada no modelo de Justiça consensual mostra-se adequada, na medida em que se reconhece a complexidade das relações afetivas, bem como a inadequação do Direito Penal da severidade como instrumento de política criminal apta ao controle penal da violência doméstica no Brasil.

Conclui-se que o Poder Judiciário desempenha especial destaque no tratamento da violência doméstica, no Brasil, porquanto possibilita a

concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos integrantes do núcleo familiar, com o objetivo de assegurar a máxima efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No contexto de reconstrução da norma jurídica, além dos fatos, como método interpretativo, numa concepção dworkiana em que, conceber o direito apenas à atividade do legislador é narrar apenas uma parte da história, tem-se como imprescindível, na atividade jurisdicional atinente à resolução dos conflitos decorrentes da violência doméstica, a aplicação de alguns institutos procedimentais constantes na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Mostra-se imprescindível que a jurisdicional hermenêutica transborde a técnica interpretativa literal da Lei Maria da Penha para, em aplicação sistemática com o artigo 88, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, propiciar que a mulher ou qualquer outro membro familiar capaz, possa manifestar-se acerca do interesse no prosseguimento de ação penal contra seu agressor ou, em caso contrário, escolher superar o trauma decorrente da violência, em uma nova relação pautada no respeito, afeto, carinho, permeada pelo cuidado, como valor jurídico, concebendo à vítima de violência doméstica o direito de escolha quanto aos encaminhamentos dos assuntos que lhe dizem respeito.

Pensar em contrário, é admitir uma indevida e totalitária interferência do Estado nas relações privadas, em prejuízo da vontade do ente vulnerável da relação de violência doméstica, geralmente a mulher, quanto ao seu poder de escolha em reconstituir a vida privada com o seu ente afetivo ou, de modo contrário, de processá-lo criminalmente, medida que, à toda evidência, repercutirá sobremaneira na esfera da relação familiar. A escolha cabe à vítima de violência doméstica, a quem a Lei Maria da Penha objetiva proteger e não violentar, de forma institucionalizada.

18. REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais. o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ASSIS, João Francisco de. *Juizados Especiais Criminais. Justiça penal consensual e medidas despenalizadoras*. Curitiba: Juruá. 2006.

BATISTA, Nilo. *Decisões criminais comentadas*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1976.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17/06/2009.

BRASIL. *Lei n.º 9.099/95*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. acesso em 17/06/2009.

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: RT, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Lei da violência contra a mulher: inaplicabilidade da Lei dos Juizados Criminais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.

1192, 6 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9009>. Acesso em: 28 mar. 2009.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Lei Maria da Penha. Aspectos criminológicos de política criminal e do procedimento penal*. Salvador: Jus Podium, 2009.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Volume VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JESUS, Damásio de. *Da exigência da representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006)*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n.º 13, ano III. Porto Alegre: Magister, ago-set, 2006.

LEAL, João José. *Direito Penal geral*. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.