



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO DO ESTADO

KAREN LUZ LEMOS SANTOS

**ANÁLISE TOCANTE A INCONSTITUCIONALIDADE DA
LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA).**

SALVADOR
2016

KAREN LUZ LEMOS SANTOS

**ANÁLISE TOCANTE A INCONSTITUCIONALIDADE DA
LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA).**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção de grau de Pós-graduada em Ciências Criminais.

SALVADOR

2016

KAREN LUZ LEMOS SANTOS

**ANÁLISE TOCANTE A INCONSTITUCIONALIDADE DA
LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA).**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, 10 de Setembro de 2016.

“Se prodigalizardes luzes ao povo, a ignorância e a calúnia desaparecerão diante delas, a autoridade injusta tremerá, somente as leis ficarão inabaláveis, todo-poderosas, e o homem esclarecido amará uma constituição cujas vantagens são notórias, quando conhecidos os seus dispositivos, e que dá fundamentos sólidos à segurança pública”
(Cesare Beccaria).

SANTOS, Karen Luz Lemos. Análise Tocante a Inconstitucionalidade da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). 109 f. 2016. Monografia (Pós-graduação em Ciências Criminais) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016.

RESUMO

É de extrema importância combater a violência no âmbito familiar. Família é sinônimo de amor, proteção, união e todos merecem o devido respeito. A presente monografia tem por escopo analisar a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), demonstrando que seu desenvolvimento estruturou-se derredor de um contexto celeumático, alarmado pela pressão social e reforçado pela mídia, sobrecarregado de um discurso totalmente eficientista e pautado pela emoção, atropelando a real necessidade de proteção familiar e ignorando preceitos Constitucionais tocante aos direitos e garantias individuais, transparecendo o total simbolismo estatal, bem como, sendo contrário a análise racional, fundamentando-se na desigualdade de gênero e desconsideração para com as sociedades homoafetivas, transparecendo a desproporcionalidade na aplicação do direito material e processual penal tocante aos sujeitos em âmbito doméstico, familiar e íntima de afeto, bem como, no rompimento/redução da *cláusula pétrea*, desconsideração da temporalidade das ações afirmativas e inobservância de princípios constitucionais, como a isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade. Resultando a inconstitucionalidade da referida Lei. Diante das circunstâncias, percebe-se um Estado ineficaz para atender a demanda que carece de segurança e respeito.

PALAVRAS CHAVE: Violência; Doméstica; Família; Gênero; Mulher; Homem; *Homoafetivo*; Vulnerável; Discriminação; Isonomia; Eficientismo.

SANTOS, Karen Luz Lemos. Analysis Regarding the Unconstitutionality of Law nº 11.340/2006 (Law Maria da Penha). 109 page. 2016. Monograph (Postgraduate in Criminal Science) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016.

ABSTRACT

It is extremely important to combat violence within the family. Family is synonymous with love, protection and unity, and all deserve due respect. This monograph has the scope to analyze Law Nº. 11.340/2006 (Maria da Penha Law), showing that its structured up round about developing a *celeumático* context, alarmed by social pressure and reinforced by the media, overwhelmed a fully efficientist speech and guided by emotion, trampling the real need for family protection and ignoring constitutional precepts concerning individual rights and guarantees, transpiring the total state symbolism, as well as being contrary to a rational analysis, basing on gender inequality and disregard for societies *homoafetivas*, transpiring the disproportionality in the application of substantive law and criminal procedure regarding the subject in the domestic sphere, family and intimate affection, as well as the disruption/reduction entrenchment clause, disregard the temporality of affirmative action and disregard of constitutional principles, as the equality, freedom, human dignity and proportionality. Resulting the unconstitutionality of the Act. Under the circumstances, one sees an ineffective state to meet the demand that lacks security and respect.

KEYWORDS: Violence; Domestic; Family; Genre; Woman; Man; Homoafetive; Vulnerable; Discrimination; Equality; Efficientism.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA.....	12
2.1 GÊNERO AMPARADO PELA LEI.....	15
2.2 OBJETIVO DA LEI.....	18
<i>2.2.1 Âmbito de proteção da Lei.....</i>	<i>22</i>
<i>2.2.2 Formas de violência.....</i>	<i>27</i>
2.3 A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	34
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	38
3.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA FORMAL.....	41
<i>3.1.1 Cláusula pétrea como impedimento à redução isonômica.....</i>	<i>44</i>
3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL.....	49
<i>3.2.1 Das ações afirmativas e seu caráter temporário.....</i>	<i>52</i>
4. A VISÃO CONSTITUCIONAL DA LEI.....	56
4.1 O PENSAMENTO GENÉRICO DERREDOR DA VULNERABILIDADE DA MULHER.....	58
4.2 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES TOCANTE À LEI Nº 11.340/06....	61
5. A VISÃO INCONSTITUCIONAL DA LEI.....	68
5.1 OFENSA AO SEXO MASCULINO E A VISÃO IDEOLÓGICA DA INVULNERABILIDADE DO HOMEM.....	73
5.2 OFENSA À SOCIEDADE HOMOAFETIVA E A LACUNOSA PROTEÇÃO.....	79
5.3 DO TRATAMENTO DESIGUAL.....	83
<i>5.3.1 Dos Aspectos Criminais Materiais e Processuais vigentes na Lei.....</i>	<i>85</i>
<i>5.3.2 Da competência e atribuições em âmbito Policial.....</i>	<i>93</i>
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
REFERÊNCIAS.....	100

1. INTRODUÇÃO

A violência é fenômeno constante presente na civilização. Por se tratar de conduta humana, percorre derredor de todo um contexto de evolução das pessoas.

Entretanto, mesmo frente a este fenômeno, o ser humano não mostra-se acomodado, pelo contrário, tenta combatê-lo em prol de uma boa convivência.

Assim salienta Pedro Rui: "o paradoxo da humanidade é precisamente o de, apesar de uma sempiterna propensão à violência, também carregar em si uma perene luta em busca da virtude e do bem" (PORTO, 2014, p.13).

Mas, como combater uma conduta gerada pelo próprio ser? O que leva-o a desferir uma ação violenta? Nesta discussão, cabe breve citação dos estudiosos Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e John Locke. Suas considerações regem sobre o comportamento do ser humano como papel de influenciador e influenciado.

De acordo com Rousseau, "o homem nasce bom e a sociedade que o corrompe" (ROUSSEAU, 2007), por outro viés, Hobbes defende que "o homem nasce mau e a sociedade que o torna bom" (HOBBS, 2008).

Segundo a concepção de Rousseau, é o contato com a sociedade que vai corromper aquele que nasceu bom; todavia, a segunda orientação, estabelecida por Hobbes, o ser humano já nasce mau porque é inerente a seu instinto de sobrevivência, e por isso é capaz de realizar tudo por sua vida, sendo que a sociedade é quem vai deixá-lo sociável.

Por outro caminho, John Locke com a existência da metáfora da "folha em branco - tábula rasa", parece discordar dos fundamentos dos autores acima citados. Neste sentido esclarece:

Suponhamos, pois, que a mente é, como dissemos, um papel em branco, desprovida de todos os caracteres, sem quaisquer ideias; como ela é suprida? De onde lhe provém este vasto estoque, que a ativa e que a ilimitada fantasia do homem pintou nela com uma variedade quase infinita? De onde apreende todos os materiais da razão e do conhecimento? A isso respondo, numa palavra, da experiência. Todo o nosso conhecimento está nela fundado, e dela deriva fundamentalmente o próprio conhecimento (LOCKE, 2012, p.35).

A "folha em branco" não se vincula a uma concepção do ser humano que nasce bom ou mau, mas sim pelo nascimento marcado por regras pré-

estabelecidas, advindas de toda uma construção histórica, que define o que é bom ou mau, moldando tais entendimentos ao homem que "acaba de nascer".

Árdua a tarefa de compreender os mistérios que permeiam sob as ações humanas. Importante se faz prevenir e reprimir qualquer espécie de violência, pois o que se visa a preservar é o bem jurídico tocante à vida, honra, integridade, liberdade, dignidade e outros.

Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se de uma gama de textos legais que conduzem a atuação do ser humano em sociedade, como a exemplo da Constituição Federal que atribui direitos e garantias fundamentais, ou até mesmo o Código Penal aplicando punições.

A atual Constituição Federal de 1988 atribui diversos dispositivos voltados a proteção, sob o qual garante: A igualdade entre os gêneros (artigo 5º, *caput* e inciso I); Os direitos fundamentais concernente à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Ademais, apresenta objetivos fundamentais, como exemplos: Construir uma sociedade justa (artigo 3º, inciso I); Reduzir as desigualdades (artigo 3º, inciso III); Promover o bem de todos, sem preconceitos (artigo 3º, inciso IV).

Em prol da garantia dos direitos elencados pela Constituição, é vedado ao legislador, bem como, ao aplicador da lei distorcer os dispositivos constitucionais.

Não é admitido a existência de texto normativo que o contrarie, a exemplo de tratamento desigual de direitos entre os gêneros, salvo quando a própria Constituição permitir.

Em 2006, com o advento da Lei nº 11.340, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, diversas críticas concernente a sua constitucionalidade veio à tona, haja vista que a redação legal trata de prevenir e combater a violência doméstica e familiar, privilegiando o sexo feminino independentemente de sua orientação sexual.

Neste sentido, críticas regem diante do presente caráter discriminatório entre o gênero feminino, masculino, e sociedades homoafetivas.

Além do mais, trouxe diversos benefícios ao sujeito vítima da violência, e consequências desproporcionais ao sujeito autor da conduta no que diz respeito ao sistema penal, contrariando a isonomia entre as partes.

Ora, se a própria Constituição detentora de poderes com eficaz comando sobre a sociedade, prevê em seu artigo 5º, *caput* :

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Não seria contraditório a nascente que rompe com o texto legal? Trata-se violação? Omissão na violação? Permissão proibida? É certo que carece de resposta, mas sabido é que merece o assunto de atenção.

A existência e respeito ao princípio da igualdade é preceito fundamental para a pessoa humana. É derredor do princípio da isonomia que se sustenta a não discriminação e o não privilégio.

Ademais, de acordo com o artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sob o qual o Brasil é signatário, documento voltado a vedar a discriminação, defender a dignidade da pessoa humana, a igualdade, e reconhecer os direitos e liberdades fundamentais de cada pessoa, versa que: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (BRASIL, 2009).

Mesmo que determinado grupo receba um tratamento diferenciado diante da igualdade material, não poderá implicar situações absolutamente diferentes, como a exemplo daqueles que impliquem o âmbito penal, o qual lida com a liberdade da pessoa.

Importante salientar que regras de liberdade devem ser interpretadas de forma expansiva, enquanto que regras voltadas à punição devem ser restringidas em prol da liberdade do indivíduo, haja vista que para muitos o direito à liberdade é mais valioso que a própria vida.

Foi diante de um contexto turbulento que criou-se a Lei Maria da Penha, após diversas manifestações sociais. O "alarme" midiático deu destaque à situação que se passava pela então vítima de agressão, a senhora Maria da Penha Maia Fernandes, sob o qual o Estado ficou omissivo durante muito tempo.

Para o Estado, se apoiar no clamor social e atender às suas necessidades foi o meio mais "célere" para agir, dando origem ao instrumento voltado para aquele anseio social restrito à mulher.

Mas, a referida Lei foi necessária para a diminuição da violência contra a mulher? Não teria sido mais adequado inserir políticas voltadas para a melhoria social, derredor da segurança, saúde, educação, emprego, inserindo medidas que influenciem no comportamento humano, para todos os sexos, sem distinção, fazendo-se por cumprir o Estado Democrático de Direito, e valendo-se de exercer o princípio da *ultima ratio*? Seria muito mais proveitoso e eficaz.

O Dr. Osvaldo Emanuel ao citar o professor Sebastian Scheerer alerta que: "proibir não é controlar" – a lei não consegue modificar comportamentos e costumes, cria apenas sanções de caráter intimidativo e a violência permanece de forma crescente (*apud* ALVES, Osvaldo Emanuel, 2012).

A Lei não traz instrumentos voltados ao controle social, mas tão somente proíbe a conduta violenta, e ainda é falha na fiscalização, bem como, no sentido de aplicar medidas que influenciem o sujeito em mudanças, que poderiam refletir numa conduta positiva, e que o fazendo de forma habitual geraria a consciência de um comportamento não violento.

Cesare Beccaria ao abordar os meios de prevenir crimes, tratou de posicionar-se:

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência (2004, p. 101).

Para proporcionar ao homem a soma do bem-estar é necessário que o Estado cumpra com seu dever de garantir a "boa vivência", ao conhecer as verdadeiras necessidades o legislador se tornará sábio e assim elaborará leis em conformidade com os anseios sociais.

Ademais, conforme acima evidencia Beccaria, trata-se de uma "arte", e assim sendo, carece de cuidados para se moldar a forma esperada pelo artista, assim deve agir o legislador.

É de suma importância proteger o ser humano no âmbito doméstico e familiar contra todas as formas de violência, sem distinção de gênero, escolha sexual, e sem implicar em consequências desproporcionais.

É preciso que o Estado de Direito, cumpra com a concepção centrada nos Direitos.

2. O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei de nº 11.340 de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, trouxe em seu bojo inúmeras discussões tocante ao seu tratamento, sob o qual repercute fortemente no âmbito intrafamiliar.

Antes da existência da Lei, a violência doméstica não era considerada como crime. Alguns dispositivos apenas agravavam a pena do autor quando a violência fosse desferida no âmbito doméstico, a exemplo do artigo 129, parágrafo 9º do Código Penal, tratando das lesões corporais.

Antes de compreender o seu tratamento, necessário se faz percorrer o caminho histórico para compreender a origem de sua criação e denominação.

A Lei originou-se após as inúmeras agressões sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes, mãe de três filhas, farmacêutica, que vivia em Fortaleza/Ceará. Seu ex marido, professor universitário e economista, foi o autor do delito, sob o qual tentou por duas vezes matá-la (FERNANDES, Maria da Penha Maia, 2012).

A primeira ação violenta ocorreu em 29/05/1983, por meio de uma simulação de assalto, o qual utilizando-se de uma espingarda, resultando em sua paraplegia. A segunda tentativa foi por meio da descarga elétrica, enquanto a vítima se banhava (FERNANDES, 2012).

As agressões eram constantes durante o casamento, mas a vítima nunca reagiu, pois temia que as consequências para ela e suas filhas seriam ainda maior.

Após a tentativa de assalto, decidiu fazer uma denúncia pública, mas em face da lacunosa manifestação da justiça, começou a escrever um livro sobre sua história, manifestando sua indignação sobre a inércia do Estado. Ademais, uniu-se também a movimentos feministas, sempre em busca de divulgar seu histórico e

ajudar àquelas que passavam por situações de violência familiar (FERNANDES, 2012).

Somente em junho de 1983 deu-se início às investigações, sendo oferecida a denúncia em setembro de 1984. No ano de 1991 o réu foi condenado a 08 anos de prisão, mas recorreu em liberdade, tendo seu julgamento anulado um ano depois. Em 1996 foi condenado a pena de dez anos e seis meses de prisão, recorrendo mais uma vez em liberdade. Somente foi preso dezenove anos e seis meses após os fatos, sendo liberado em 28/10/2002, após cumprir dois anos de prisão (DIAS, Maria Berenice, 2012).

Diante da vasta repercussão da história vivida por Maria da Penha, inclusive de forma internacional, o Estado brasileiro fora condenado ao pagamento de indenização em detrimento da demora processual em punir o agressor.

Como esclarece Maria Berenice:

O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, sendo a primeira vez que a OEA acatou uma denúncia de crime de violência doméstica.

A Comissão solicitou por quatro vezes informações ao governo brasileiro, mas nunca recebeu informações. O Brasil foi condenado internacionalmente em 2001.

O Relatório nº. 54 da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares, em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão frente à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual" (grifou-se).

A indenização no valor de 60 mil reais, foi paga a Maria da Penha, em julho de 2008, pelo governo do Estado do Ceará, em uma solenidade pública, com pedido de desculpas (2012, p. 16).

Em 2002 as organizações não governamentais iniciaram a criação do dispositivo legal, sendo encaminhado ao Congresso Nacional em 2004 o projeto de Lei nº 4.559, o qual o Senado Federal tratou de fazer alterações, projeto de Lei da Câmara nº 37/06.

Com a pressão posta pela OEA, foi sancionada pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em 07/08/2006, a Lei de nº 11.340, entrando em vigor em 22/09/2006 (FERNANDES, 2012).

Sua elaboração fora utilizada como um mecanismo direcionado tanto para a repressão, quanto pela prevenção da violência doméstica e familiar apenas contra a mulher, sendo assim alvo de críticas constantes.

Foi diante de um momento turbulento e de condenação imposta ao Brasil que se originou a presente Lei.

Nota-se o "desespero" do Estado em redigir um texto jurídico para punir o agressor referido, acobertar o caso e ocultar os erros de sua omissão.

A Lei Maria da Penha além de atender a compromisso constitucional, em que "a família é a base da sociedade", também é protegida internacionalmente.

Para reflexo da proteção internacional e nacional, o artigo 6º prontificou que há violação aos direitos humanos a conduta de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por isso resulta a legitimidade de intervenção de organismos internacionais e nacionais para a proteção dos direitos da mulher tanto em nível judicial, quanto em nível político, ressalvado o artigo 37 da Lei.

O artigo 37, versa tocante aos interesses e direitos transindividuais, através de ação civil pública, "como a implementação de políticas públicas protetivas pelo Estado", cabendo a defesa ser concorrentemente pelo Ministério Público e associações não-governamentais de atuação na área constituída a um ano, salvo quando o juiz compreender que não existe outra entidade adequada para ajuizar a demanda coletiva (HERMANN, 2012).

O exercício para a defesa dos direitos transindividuais mediante ação civil pública, objetiva a prestação jurisdicional, obrigando o Estado (União, Estados, Municípios) a criar e fazer ser exercido os serviços respectivos ou, "promover a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei" (artigo 36, da Lei nº 11.340/2006).

Com proteção especial, vincula-se derredor da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Assim segue a ementa da Lei nº 11.340/2006:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Não é comum uma lei infraconstitucional abordar a convenções, isso reflete o caráter essencial que decorre da Lei. Trata-se de Lei editada para atender a Organização dos Estados Americanos, que decorreu de condenação imposta ao Brasil (DIAS, 2012).

2.1 GÊNERO AMPARADO PELA LEI

A Lei não predetermina o sujeito agressor, poderá ser homem ou outra mulher, em que pese na maioria das vezes eleva-se o olhar contra o sexo masculino. Ademais, não faz distinção no tocante a união, seja heterossexual ou homossexual.

Frisa Pedro Rui da Fontoura Porto, que em análise preliminar, sob interpretação literal da lei, homens e mulheres poderiam incorrer como sujeito ativo. Todavia, é necessário que a norma seja interpretada analisando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois quando a Lei trata de relativizar a igualdade entre os gêneros, pressupõe a superioridade da força do homem, que advém de aspecto cultural e histórico, sendo então necessário uma interpretação restritiva da Lei (PORTO, 2014).

Ademais, o legislador, ao basear no gênero o conceito derredor do âmbito de violência (doméstica e familiar), forçosamente restringe o conceito ao homem como agressor (PORTO, 2014).

Segue decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que sustenta o mesmo liame de compreensão:

O TJRS já decidiu em mais de uma oportunidade no sentido de que o sujeito ativo da lei 11.340/06 é apenas o homem (nesse sentido, Conflito de Jurisdição nº 70037954187, Terceira Câmara Criminal de 30/09/2010; Apelação Crime nº 70050632892, Primeira Câmara Criminal de 14/11/2012 e Conflito de Jurisdição nº 70050746023, primeira Câmara Criminal de

17/10/2012). No mesmo rumo, consta decisão do TJRJ, 8ª Câmara (Conflito de Jurisdição nº 70050746023 de 17/09/2008) (*apud* PORTO, p. 41-42).

Destaca-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça já suscitou o critério da existência da “vulnerabilidade da vítima”, quando houver violência entre mulheres:

Conflito de competência. Penal. Juizado especial criminal e juiz de direito. Crime contra a honra praticado por irmão da vítima. Inaplicabilidade da lei 11.340/06. Competência do juizado especial criminal: 1. Delito contra honra, envolvendo irmãos, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica; 2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade; 3. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãos, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340/06; 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado.” (STJ, Conflito de Competência nº 88.027-MG, relator Ministro Og Fernandes).

Entretanto, no polo passivo, há exigência da vítima ser mulher, seja adulta, criança, adolescente ou idosa, independentemente da orientação sexual. Vide disposição normativa:

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

Art. 5º, parágrafo único – As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (grifou-se).

O Superior Tribunal de Justiça, já reconheceu aplicação da Lei entre irmãos, pela prática do crime de ameaça, segue decisão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO CONTRA IRMÃ DO RÉU. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO II, DA LEI N.º 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE BRASÍLIA/DF. RECURSO PROVIDO. 1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo que o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. 2. Na espécie, apurou-se que o Réu foi à casa da vítima para ameaçá-la, ocasião em que provocou danos em seu carro ao atirar pedras. Após, foi constatado o envio rotineiro de mensagens pelo telefone celular com o claro intuito de intimidá-la e forçá-la a abrir mão "do controle financeiro da pensão recebida pela mãe " de ambos. 3. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista o sofrimento psicológico em tese sofrido por mulher em âmbito familiar, nos termos expressos do art. 5.º, inciso II, da mencionada legislação. 4.

"Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), dentre as quais não se encontra a necessidade de coabitação entre autor e vítima. " (HC 115.857/MG, 6.ª Turma, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 02/02/2009.)5. Recurso provido para determinar que Juiz de Direito da 3.ª Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília/DF prossiga no julgamento da causa. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Março Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora (REsp 1239850-DF, 16.02.2012, Rel. Min. Laurita Vaz).

Orienta Alice Bianchini que o dispositivo legal também aplica-se na relação entre "mulheres hétero e transexuais (sexo biológico não corresponde à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, deve haver incidência do referido diploma legal" (2013, p. 53).

Maria Helena Diniz conceitua o transexual como aquele que "é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a auto-mutilação ou auto-extermínio" (2006, p. 966).

Ainda sob análise conceitual, esclarece Tereza Rodrigues Vieira:

Transexual é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodis-cordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte (VIEIRA, 2004, p. 47).

A redesignação sexual deve ser de gênero feminina, ou seja, possuir aspecto físico masculino, mas aspecto mental de mulher, o contrário não seria possível a aplicação da Lei.

Salienta Pedro Rui da Fontoura Porto, que a Lei estabelece um sujeito passivo próprio da forma de violência específica (2014).

A Lei abrange apenas a lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina (DIAS, 2012).

A 1º Vara Criminal da Comarca de Anápolis, aplicou a Lei Maria da Penha para transexual masculino (processo 201.103.873.908), a juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães alegou que:

Embora não tenha havido alteração no seu registro civil, a vítima fora submetida a uma cirurgia de redesignação sexual há 17 anos, o que a torna pessoa do sexo feminino, no que tange ao seu “ sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade”;

A não aplicação das mesmas regras elaboradas para proteção da mulher “transmuta-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível” (grifou-se);

O princípio da liberdade, que se desdobra em liberdade sexual, “garante ao indivíduo, sujeito de direitos e obrigações, a livre escolha por sua orientação”;

Partindo da premissa de que o que não é proibido é permitido, do reconhecimento da união homoafetiva pelos tribunais e do conhecimento de que, no ordenamento jurídico, o que prevalece são os princípios constitucionais, entende-se que seria inconstitucional não proteger as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras. (grifou-se) (*apud* BIANCHINI).

O relator desembargador Roberto Lucas Pacheco, da 3º Câmara Criminal de Santa Catarina, também manifestou-se pela aplicação da Lei:

Conflito negativo de competência. Violência doméstica e familiar. Homologação de auto de prisão em flagrante. Agressões praticadas pelo companheiro contra pessoa civilmente identificada como sendo do sexo masculino. Vítima submetida à cirurgia de adequação de sexo por ser hermafrodita. Adoção do sexo feminino. Presença de órgãos reprodutores femininos que lhe conferem a condição de mulher. Retificação do registro civil já requerida judicialmente. Possibilidade de aplicação, no caso concreto, da Lei 11.340/06. Competência do juízo suscitante. Conflito improcedente. (TJSC, CJ 2009.006461-6, j. 14.08.2009, 3ª. C. Crim., rel. Des. Roberto Lucas Pacheco).

Assim, com base no gênero, qualquer mulher, seja filha, esposa, sogra, mãe, avó, amantes, cunhada, empregada doméstica, companheiras de quarto ou coabitantes de república, podem configurar no polo passivo e serem amparadas pela Lei (DIAS, 2012).

2.2 OBJETIVO DA LEI

O objetivo da Lei é coibir e prevenir a violência contra a mulher no âmbito doméstico, familiar e na relação íntima de afeto, bem como, assegurar condições para o exercício efetivos de direitos.

É necessário destacar, que diversos contextos vinculados à violência de gênero foram ignorados, desconsiderando-os como forma de violência doméstica, como no âmbito do trabalho, do ensino, da saúde (a exemplo dos hospitais), igreja e afins, delegacias, prisões e outros (BIANCHINI, 2013).

Assim preconizam os dispositivos:

Preâmbulo - Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...] (grifou-se);

Art. 1º - Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...] (grifou-se);

[...]

Art. 3º - Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (grifou-se);

[...]

Art. 5º, III - Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (grifou-se).

O legislador se apoiou em diversos dispositivos para que o objetivo da Lei seja cumprido: Na Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 8º; A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, foi o primeiro documento internacional a versar tocante aos direitos humanos da mulher, sob o qual promove os direitos da mulher pela igualdade de gênero, bem como, reprimir a discriminação que paira no sexo feminino, tratou ainda de criar os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher; alterar o Código Penal, Processual Penal e Lei de Execução Penal; estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres (Art. 1º).

Em que pese a Lei verse sobre juizados de violência doméstica e familiar, não há qualquer aplicação dos dispositivos previstos para os juizados especiais criminais. O artigo 41, evidencia a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 quando a situação for amparada pela Lei nº 11.340/06.

Ainda, é preciso da colaboração da família, da sociedade e do poder público em prol das garantias dos direitos das mulheres, desenvolvendo políticas positivas para resguardar a mulher contra a violência, discriminação, negligência, exploração, crueldade e opressão, assim salienta o artigo 3º, nos parágrafos 1º e 2º.

São direitos fundamentais elencados ao *caput* do artigo 3º:

Art. 3º - Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária(grifou-se).

Leda Maria Hermann, dentre os direitos apontados pelo artigo acima mencionados, destaca dois direitos pelos quais reúnem os demais, põe ressalva aos direitos à liberdade e à dignidade (2012).

Em concepção contrária à máxima aristotélica – “a sociedade, enquanto todo, é anterior a suas partes” – alerta Hermann, que a liberdade natural diz respeito à liberdade individual, sendo concebida para a pessoa inserida o corpo civil, como estabelece o diretriz rousseauiano mencionado por Jean-Jacques Rousseau: “Cada um de nós põe em comum seus bens, sua pessoa, sua vida e toda a sua potência, sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos em bloco cada membro como parte indivisível do todo” (*apud* HERMANN, 2012, p. 95).

Ressalta ainda, que o direito à dignidade da pessoa humana ultrapassa a questão do “agir”, alcançando o próprio “ser”, pois trata-se de valor absoluto e inegável, configurado como essência da condição humana (HERMANN, 2012).

Objetivando assistir à mulher da violência derredor do âmbito de proteção legal, foram desenvolvidas medidas integradas de prevenção formando um “conjunto articulado” de ações da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como, ações não-governamentais.

São diretrizes de política pública preventiva:

Art. 8º [...]

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas; III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal; IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher; V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres; VI - a celebração de convênios,

protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher; VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia; VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia; IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

O “conjunto articulado” são orientações planejadas e coletiva, uma coleção unida, pensada como um todo e não de forma fragmentada e isolada, agrupando diversos setores tocante a saúde, segurança, justiça e outros, voltadas para a prevenção.

São “fios condutores harmônicos” desenvolvidos para integrar e coordenar ações concretas e abrangentes, que invoca a tríade família-sociedade-Estado para efetivar os fins propostos pela Lei (HERMANN, 2012).

O artigo 9º da Lei também trata de especificar objetivos vinculados a proteção:

Art. 9º - A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso. § 1º - O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal. § 2º - O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta; II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses. § 3º - A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

As normas pragmáticas elencadas pelo artigo 9º, estão voltadas a situações de média e alta complexidade, onde já existe ou está acontecendo o ato violento, exigindo assim a devida intervenção (HERMANN, 2012).

2.2.1 Âmbito de proteção da Lei

É de conhecimento que a Lei protege ao gênero feminino, mas é preciso ainda que a violência desferida pelo autor encontre-se derredor de alguns âmbitos, para que a vítima possa ser alcançada.

Três são os contextos previstos no artigo 5º: Âmbito doméstico, âmbito familiar e qualquer relação íntima de afeto.

Importante observar que “os espaços onde a violência doméstica e familiar são praticadas não são apenas físicos (ou seja, ligados à coabitação), mas principalmente afetivos e relacionais” (HERMANN, 2012, p. 103).

Informa Alice Bianchini, que é crescente o número de pessoas preocupadas com a violência contra a mulher no âmbito do lar. Após a entrada em vigor da Lei, o Instituto Galvão apontou que 56% das pessoas entrevistadas manifestaram-se preocupadas com o assunto (*apud* BIANCHINI, 2013).

Compreende por “âmbito doméstico”: “O espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas” (artigo 5º, inciso I).

Nota-se que o espaço onde é provocado a situação (unidade doméstica) é comum entre as pessoas que ali coabitam, não existindo necessidade de vínculo de parentesco, deve-se obter uma visão ampla, abrangendo para qualquer lugar de convívio permanente.

Nesse contexto é possível inserir as casas de famílias, internatos, prostíbulos, conventos, como exemplos (HERMANN, 2012).

Ainda, “em bairros periféricos e muito pobres, não é raro que duas ou mais famílias ou pessoas sozinhas, por necessidade financeira, compartilhem a mesma moradia, que nesse caso configura a unidade doméstica de que se fala” (2012, p. 102).

Alerta Guilherme de Souza Nucci, que a conduta desferida tem que ser em razão da unidade doméstica da qual a mulher faça parte, pois não teria lógica quando diante de uma relação doméstica entre terceiros (NUCCI, 2006, p. 864).

Importante alertar, que o inciso I, “não abrange, por exemplo, a mulher que foi fazer uma visita (amiga de um dos familiares) ou fazer entrega domiciliar de algum produtor” (BIANCHINI, 2013, p. 34).

Divergências surgem quando o inciso informa a possibilidade de aplicação para a empregado doméstica, no âmbito de “unidade doméstica”, bem como, abarcar também às diaristas, na hipótese de “pessoas esporadicamente agregadas”, no sentido de basear-se na longevidade de dias ou na forma ininterrupta durável?

Majoritariamente a doutrina reconhece a incidência da proteção à empregada doméstica por haver um caráter extensivo em seu labor e/ou pela existência de sentimentos de afinidade.

O reconhecimento da empregada doméstica no âmbito doméstico, não é bem aceito por Alice Bianchini. Posiciona-se a autora:

As relações laborativas domésticas não se encontram amparadas pela Lei Maria da Penha, sendo que os casos de violência contra a empregada doméstica devem ser resolvidos em sede de juizado criminal e/ou trabalhista, já que as características que ensejam um especial tratamento do tema (por exemplo, relação de afeto, dependência emocional e/ou patrimonial, ciclo de violência etc) não se encontram presentes (2013, p. 35).

Segundo Gustavo Octaviano Diniz e Paulo Henrique Aranda, se a empregada doméstica dormir na casa do patrão, aplica-se a proteção legal, mas caso não venha a dormir, deverá ser analisado a sua participação na vida familiar do seu labor (JUNQUEIRA; FULLER, 2010).

Para Damásio de Jesus e Hermelino de Oliveira, a diarista não está protegida pela Lei, haja vista que não existe uma permanência no local de trabalho, trabalha alguns dias na semana, diferentemente da empregada doméstica, que trabalha durante toda a semana (JESUS; OLIVEIRA, 2016).

Em contradição ao pensamento dos autores acima, Wilson Lavorenti, ressalta que “estariam, ainda, incluídas aquelas situações em que a mulher permanece ainda que por um único dia como diarista, babá, enfermeira etc...” (2009, p. 237).

O inciso II, do artigo 5º, considera âmbito familiar: "A comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa".

A Lei Maria da Penha é o primeiro dispositivo a informar o conceito de “família”, que surge pela vontade de seus membros, sem qualquer imposição legal.

O dispositivo não menciona a necessidade do convívio sob mesmo teto, mas pontifica a questão de “aparentados”, abrangendo assim à tia, madrasta, unidade familiar decorrente de tutela ou curatela e outros.

Leda Maria Hermann designa como “família estendida”, “comunidade” ou “clã”, local onde ocorre a reunião de pessoas que são ou se consideram aparentados, mas que independem de compartilharem do mesmo teto (2012).

Alerta a juíza Rafaela Caldeira que neste inciso, inserem-se os vizinhos, mas não é qualquer relação de vizinhança, pois deverá haver a convivência da mesma unidade doméstica, com espaço de convivência permanente (*apud* REPÓRTER, 2011).

Dessa forma, aponta Berenice Dias, que refere-se ao casamento, à união estável, à família monoparental, bem como, outros modelos familiares, como “as famílias anaparentais (formadas entre irmãos), as homoafetivas (construída por pessoas do mesmo sexo) e as famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias)” (2012, p. 47).

Nota-se que Berenice Dias ao conceituar as famílias paralelas, destaca tão somente o homem como mantedor das famílias, pois em suas palavras se trata de uma “façanha eminentemente masculina”.

Fato é que para a autora, não são ignoradas a união adulterina ou concubinária, devem ser alcançadas pela Lei. Afirma ainda:

Essa expressão legal alcança igualmente a filiação socioafetiva, uma vez que o estado de filho afetivo faz com que as pessoas sintam-se aparentadas. Nesse conceito, cabe incluir também a infeliz expressão “filho de criação”, nada mais do que aquele que é criado, tratado e amado como filho, sem haver o vínculo da adoção (DIAS, 2012, p. 47-48).

Nesse inciso, há necessidade da mulher pertencer à família, que possua estreita ligação com outros membros pertencentes.

Tais laços não precisam ser naturais (pai e mãe, por exemplo) ou civis (marido e sogra, por exemplo), é possível os laços por afinidade (primo, tia, e outros) ou vontade efetiva (amigos que moram juntos) (BIANCHINI, 2013).

Outra polêmica questão, encontra-se na aplicação a cunhada agredida. A relatora Ministra Laurita Vaz, reconheceu a aplicação da Lei por crime praticado contra cunhada do réu:

Habeas Corpus. Processual Penal. Art. 129, par. 9º, do CP. Crime praticado contra cunhada do réu. Incidência da Lei Maria da Penha. Art. 5º, II, da lei 11.340/06. Ordem denegada. 1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo que o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto; 2. Na espécie, apurou-se que a Vítima, irmã da companheira do Acusado, vivendo há mais de um ano com o casal sob o mesmo teto, foi agredida por ele; 3. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista a ocorrência de ação baseada no gênero causadora de sofrimento físico no âmbito da família, nos termos expressos do art. 5.º, inciso II, da mencionada legislação; 4. "Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha) [...]" (HC 115.857/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJe de 02/02/2009); 5. Ordem denegada. (STJ, HC 172634 DF 2010/0087535-0, 5ª T., j. 06.03.2012, rel. Mina. Laurita Vaz).

De acordo com Fabiane Simioni e Rúbia Abs da Cruz, “o conceito de comunidade familiar proposta pela Lei é amplo. [...] Este conceito abrange uma variedade de laços de pertencimento no âmbito doméstico” (2011, p. 189).

A relação íntima de afeto prevista no inciso III, do artigo 5º, dispõe ser aquele em que "o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação".

Associa-se neste contexto o viés de afeto, incluindo as relações entre namorados. O Superior Tribunal de Justiça também já reconheceu a relação entre ex-namorado. Não há necessidade da vítima e agressor viverem sob o mesmo teto, basta que exista um vínculo de natureza familiar.

Abaixo seguem decisões favoráveis às relação entre ex-namorados. Assim declarou o Relator e Ministro do STJ, Jorge Mussi, e a Relatora Laurita Vaz:

1. Conflito negativo de competência. Lei Maria da Penha. Ex-namorados. Violência cometida em razão do inconformismo do agressor com o fim do relacionamento. Configuração de violência doméstica contra a mulher. Aplicação da Lei 11340/06. Competência do suscitado. 1. Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei 11340/06, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim de relação de namoro, restando demonstrado nos autos o nexo causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima. 2. In casu, a hipótese se amolda perfeitamente ao previsto no art. 5º, III, da Lei 11.340/06, já que caracterizou a relação íntima de afeto, em que o agressor conviveu com a ofendida por vinte e quatro anos, ainda que apenas como namorados, pois aludido dispositivo legal não exige a

coabitação para a configuração da violência doméstica contra a mulher. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª vara criminal de Conselheiro Lafaiete-MG, o suscitado. (STJ, CC 103.813-MG (2009/0038310-8), j. 24.06.2009, rel. Min. Jorge Mussi);

2. Conflito de competência. Penal. Lei Maria da Penha. Violência praticada em desfavor de ex-namorada. Conduta criminosa vinculada a relação íntima de afeto. Caracterização de âmbito doméstico familiar. Lei 11340/06. Aplicação. 1. A Lei em seu art. 5º, inciso III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo, necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada Lei a relação íntima de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo – relação íntima de afeto – para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. 2. In casu, verifica-se nexó de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei 11340/06. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª vara criminal de Conselheiro Lafaiete/MG. (STJ, CC 100.654-MG (2008/0247639-7), j. 25.03.2009, rel. Laurita Vaz) (grifou-se).

Em que pese consolidado a aplicabilidade nas relações de namoro, orienta a Relatora Laurita concernente a importância de analisar cada caso concreto, sendo necessário existir o nexó causal entre a conduta delitiva e a relação íntima e de afeto entre as partes.

Trata-se de um “espaço subjetivo das relações afetivas, presentes ou pretéritas, tenha ou não havido coabitação, situação comumente associada aos relacionamentos amorosos” (HERMANN, 2012, p. 102).

O inciso III, ao ampliar a proteção legal para as “relações íntima de afeto”, provocou alguns questionamentos tocante a sua existência.

Nesse sentido, Rogério Sanches e Ronaldo Batista, quando o legislador tratou de inserir o inciso III, não haveria necessidade da existência dos incisos anteriores, pois este já engloba as demais relações (CUNHA; PINTO, 2007).

Guilherme de Souza Nucci, também questiona o inciso, verificando a existência de um rompimento com os tratados ratificados pelo Brasil, haja vista que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher, informa apenas a possibilidade da conduta ocorrer dentro da família ou unidade doméstica (NUCCI, 2006).

Favorável à aplicação em relação aos namorados e ex-namorados, Alice Bianchini, posiciona-se, “ainda que sem convivência, aplica-se a Lei Maria da

Penha. O mesmo se dá para a relação entre amantes. Nessas situações, o que a Lei exige é uma relação íntima de afeto” (2013, p. 39).

É notório que a consideração de família como relação de afeto, existe em razão da nascente de um novo olhar que amplia o conceito de família, criando novos modelos.

Para Berenice Dias, “há uma nova concepção da família que se define pela presença do vínculo da efetividade. Ao longo dos anos abandonou-se o modelo patriarcal e hierarquizado da família romana” (2012, p.49).

Acrescenta Sérgio Ricardo de Souza: “a família modernamente concebida tem origem plural e serve com o núcleo de afeto no qual o cidadão se realiza e vive em busca da própria felicidade” (2007, p. 13).

Assim, existindo vínculo familiar, doméstico e de afeto, a mulher, sendo vítima de violência, poderá recorrer aos dispositivos da Lei Maria da Penha.

2.2.2 Formas de violência

A violência contra a mulher é definida pela Convenção de Belém do Pará, como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher”, foi através deste conceito que a Lei nº 11.340/2006 tomou por base a elaboração de seus mecanismos contra a violência doméstica e familiar (DIAS, 2012).

O artigo 5º, da Lei, traz o conceito de violência contra a mulher e o âmbito em que é desferida a conduta. Vide disposição normativa:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

É necessário o estudo de dois dispositivos para compreender o conceito e o âmbito derredor da violência contra a mulher. A leitura do artigo 5º cita as formas de violência, informa o âmbito que decorre e seus conceitos, enquanto dispõe o artigo 7º tão somente das formas e seus conceitos.

A violência poderá ser por ação ou omissão. Será por ação quando o resultado ocorrer mediante "o fazer", realizando determinado ato repudiado em Lei.

Exemplifica Leda Maria Hermann, a "ação": "A mãe viúva que é explorada, negligenciada ou maltratada pelos filhos adultos, resida ou não em companhia destes, é vítima de violência doméstica e familiar" (2012, p.100).

Será por "omissão", quando a parte deixa de fazer algo, trazendo consequências negativas, a exemplo: "Os filhos adultos que não prestam à mãe doente, mesmo que não seja idosa, cuidados e atenção, negligenciando-a e abandonando-a" (HERMANN, 2012, p.100).

O artigo 7º, dispõe das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, são elas: A violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Todavia, em que pese o artigo informe em seus incisos, cinco espécies de violência contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, o *caput* trata de aplicar um rol exemplificativo e não taxativo, permitindo assim a incidência de outras formas de violência existentes. Assim, dispõe: "Art. 7º - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras" (grifou-se).

Alice Bianchini observa que a Lei nº 11.340/2006, acaba por restringir e ampliar o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando aplica proteção com base no gênero, dentro do âmbito de proteção permitido, bem como, admitindo novas formas de violência que ultrapassem o campo do direito penal. Esclarece ainda que,

De tal alargamento, decorre que nem todas as condutas consideradas violentas pela Lei possuem um correspondente penal. É por isso que se deve ter muita atenção com o conceito de violência lá trazido. Enquanto do direito penal a violência pode ser física ou corporal, moral ou imprópria. A Lei se vale do seu sentido sociológico; mais do que isso, utiliza-se do conceito de violência de gênero (2013, p. 42).

No Direito Penal, o legislador, ao observar a importância da norma, tratou de priorizar a completude, visando a inexistência de conceitos vagos, admitindo assim dois princípios importantes, o princípio da taxatividade e legalidade.

Entretanto, tal posição não foi priorizada pelo legislador ao elaborar a Lei Maria da Penha, que preferiu ampliar as formas de violência além das previstas expressamente nos incisos do artigo 7º.

São exemplos de formas de violência que devem atender ao rol exemplificativo: A violência espiritual, interferindo na crença religiosa, a exemplo do marido que obriga a mulher a seguir a mesma religião; A violência política, interferindo na escolha/participação partidária, a exemplo do marido que proíbe a esposa de seguir a um partido político ou candidatar-se.

A violência física é entendida como: "qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal" (artigo 7º, inciso I).

Orienta Rogério Sanches, que a violência física, abrange a “socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras, visando ofender a integridade ou saúde corporal, deixando ou não marcas aparentes” (2011, p. 58).

Para Berenice Dias,

Não só a integridade física, mas também a saúde corporal são protegidas juridicamente pela lei penal. Deste modo, o estresse crônico gerado em razão da violência também pode desencadear sintomas físicos, como dores de cabeça, fadiga crônica, dores nas costas e até distúrbios no sono. É o que se chama de transtorno de estresse pós-traumático, que é identificado pela ansiedade e a depressão, a ponto de baixar ou reduzir a capacidade de a vítima suportar os efeitos de um trauma severo. Como estes sintomas podem perdurar no tempo, independente da natureza da lesão corporal praticada, ocorrendo incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias ou incapacidade permanente para o trabalho, possível tipificar o delito como lesão grave ou gravíssima, pela perpetuação da ofensa à saúde (2012, p. 66).

Convém lembrar da possibilidade de ser desferida de forma direta, por ação, ou por omissão. A exemplos da omissão tem-se "a privação dos alimentos, cuidados indispensáveis e outros" (HERMANN, 2012, p. 105).

Quanto à violência psicológica:

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

Configura-se como sendo a conduta que provoca danos ao psicoemocional da vítima, implicando confusão em sua auto-estima e de sua autonomia em manifestar-se por si próprio.

A violência psicológica, ocorre quando “ao agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a vis compulsiva” (CUNHA; PINTO, p. 37).

Ademais, importante destacar que em que pese a agressão física possa estabelecer em posição primária das agressões contra à mulher, quando diante da vasta repercussão midiática fortemente presente na sociedade, a agressão psicológica também é bastante frequente, mesmo sem muitas “denúncias”.

Muitas vezes, há numa reação de silêncio, uma dúvida, medo, vergonha e/ou receio de denunciar as modalidades de violência.

A vítima, “muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos são violência e deve ser denunciada” (DIAS, Berenice, 2012, p. 68).

Nesse sentido, “um ex-cônjuge, que cause dano emocional e diminuição da autoestima mediante manipulação, mesmo não havendo crime, ações assistenciais e de prevenção pode ser prestada em favor da mulher” (BIANCHINI, 2013, p. 42).

Assim prevê o artigo 9º, sobre a assistência à mulher:

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

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

§ 2º - O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta; II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

§ 3º - A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

Nota-se que a Lei autoriza a intervenção, quando diante do abalo psicológico, acreditando que tal reação sofrida pela mulher, que sente-se “presa”, pressionada e/ou limitada em viver livremente a sua vida, deve ser também analisada pela Lei.

Outra forma de violência é a sexual:

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

Enquanto nas outras formas de violência permite-se a conduta comissiva e omissiva, nesta encontra-se somente a comissiva, pois os métodos de constranger, induzir, forçar ou anular, estão voltados a implicar medo na vítima mediante ameaça, coação e outros (HERMANN, Leda Maria, 2012).

Convém compreender a diferença tocante aos direitos sexuais e direitos reprodutivos, protegidos pela Lei quando limitados ou anulados.

Os direitos sexuais, referem-se “a livre exploração da orientação sexual, podendo a pessoa promover a escolha do parceiro e exercitar a prática sexual de forma dissociada do objetivo reprodutor” (BIANCHINI, 2013, p. 48).

Entretanto, os direitos reprodutivos, vinculam-se à liberdade de escolha do número de filhos que almeja ter.

Visando proteger a vítima da violência sexual e de seus riscos, a exemplo de uma gravidez indesejada e doenças sexualmente transmissíveis, o legislador tratou de assegurar o acesso a determinados serviços necessários, como estabelece o artigo 9º, parágrafo 3º, da referida Lei.

Importante salientar que de acordo com a Resolução CFM nº 1931/07, na gravidez decorrente de violência sexual, a vítima objetivando a interrupção, não há necessidade de autorização judicial, mas deve registrar a ocorrência para que seja realizado o procedimento hospitalar.

Ainda, há que analisar a violência denominada patrimonial. Configura-se como:

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

A Lei reconhece como violência, o furto (subtrair coisa alheia móvel, para si e/ou para outrem – art. 155, *caput*, CP), dano (destruir, inutilizar ou deteriorar coisa

alheia – art. 163, *caput*, CP), apropriação indébita (apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem posse ou detenção – art. 168, *caput*, CP), e outros tipos.

Embora o Código Penal estabeleça causas de imunidade absolutas e relativas, previstas nos artigos 181(causa de isenção de pena) e 182 (hipóteses mediante representação), a Lei nº 11.340/2006 afasta a aplicação, resultando no gravame para com o autor da conduta.

Orienta Maria Berenice, que reter implica em esconder, segurar, conservar fora do alcance da vítima, e subtrair significa a retirada da disponibilidade da vítima, implica em conduta próxima (DIAS, 2012).

Alerta Alice Bianchini para a importância da preocupação presente no dispositivo, haja vista que “ausência econômica e financeira da mulher contribui para sua subordinação e/ou submissão, ao enfraquecê-la” (2013, p. 49).

São formas de violência patrimonial: “abandono material decorrente do não pagamento de pensão alimentícia e o prejuízo financeiro infligido como castigo pela iniciativa na separação” (FEIX, Virginia, 2011, p. 208).

Ainda sobre os alimentos, “Deixar o alimentante de atender a obrigação alimentar, quando dispõe de condições econômicas, além da violência patrimonial, a omissão tipifica o delito de abandono material” (DIAS, 2012, p. 72).

A última forma prevista é a violência moral, entendida como “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” (artigo 7º, inciso V).

Figuras estas tipificadas no Código Penal, artigos 138, 139 e 140, considerados crimes contra a honra. Considera a calúnia o fato falsamente definido como crime; difamação, o fato ofensivo à reputação; injúria, ao deferir qualidades negativas.

A consumação da “calúnia e difamação ocorrem quando terceiros tomam conhecimento da afirmativa; a consumação da injúria ocorrem quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação” (CAPEZ, Fernando, 2012, p.252).

A doutrina informa que a calúnia e a difamação atingem a honra objetiva, referindo-se a reputação social, e a injúria atinge a honra subjetiva, ou seja afetando a própria concepção que o individuo tem de si.

Todavia, alerta Paulo Queiroz, que a separação entre as honras, carece de fundamento, “quer porque a honra compreende tanto o sentimento objetivo quanto o subjetivo sobre a dignidade. Além disso, o que se quer realmente proteger penalmente é a pretensão de respeito à honra” (2012).

De igual forma, para Cezar Roberto Bitencourt, não parece adequado a distinção entre honra objetiva e subjetiva, pois “não passa de adjetivação limitada, imprecisa e superficial, na medida em que não atinge a essência do bem juridicamente protegido” (BITENCOURT, 2008, p. 281).

É notório que a moral quando afetada provoca diversos fatores negativos, como a baixa estima, interiorização, diminuição pessoal e conseqüentemente social. O ser humano, qualifica-se primeiramente se “auto qualificando”, revendo seus princípios, e em um segundo plano desejando ser reconhecido pela sociedade, para então conseguir a tão esperada aprovação.

Mas, é importante tomar cuidado com as respostas do crescimento tecnológico, redes de informações resultam em novas dimensões de violência.

Como bem esclarece Virgínia Feix, as ofensas divulgadas em espaços virtuais, de forma instantânea, apresentam uma difícil comprovação e combate (FEIX, 2011).

Em 2011, a central de atendimento à mulher (disque 180), registrou o total de 58.512 relatos sobre violência contra a mulher, sendo 61,33% sobre agressão física, 23,95% agressão psicológica e 10,88% concernente a agressão moral (*apud* BIANCHINI, 2013).

Questiona Guilherme de Sousa Nucci a respeito das formas de violência derredor do âmbito de proteção. Para ele, trata-se de situação lamentável, “norma mal redigida e aberta”. Informa ainda, que pela interpretação das espécies de violência, qualquer crime contra a mulher incorreria no tipo, uma vez que lhe cause ao mínimo o abalo psicológico (NUCCI, 2013, p. 1042).

Ademais, ao comparar a violência psicológica e moral, nota-se o quão parecidas são e a difícil distinção entre elas, pois ambas afetam de forma interior, a exemplo do abalo emocional, constrangimento e outros.

Sob um pensamento ainda mais amplo, a modalidade de violência psicológica encontra-se interligada às outras modalidades. Seu fundamento encontra-se na “negativa ou impedimento da mulher exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação a agressor” (FEIX, Virgínia, p. 205).

Assim, diversas são as formas de violência que podem ser desferidas em âmbito “familiar”, e objetivando limitar esse meio violento, a Lei não mostra-se taxativa, abrange a uma gama de situações.

2.3 A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada um marco histórico, apresentando dispositivos relevantes para a pessoa humana, instaurando a igualdade entre o homem e a mulher, protegendo a família igualmente.

Segundo Zeno Veloso, a Carta Magna, “num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito” (VELOSO, 2005, p. 3).

Ademais, fora atribuído diversos dispositivos voltados à proteção, sob o qual garante: A igualdade entre os gêneros (artigo 5º, *caput* e inciso I); Os direitos fundamentais concernente à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Ademais, apresenta objetivos fundamentais, como exemplos: Construir uma sociedade justa (artigo 3º, inciso I); Reduzir às desigualdades (artigo 3º, inciso III); Promover o bem de todos, sem preconceitos (artigo 3º, inciso IV).

Francisco Amaral, elenca alguns princípios relacionados à organização e proteção da família, dentre eles estão:

- (a) Reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (CF 226);
- (b) Igualdade jurídica dos cônjuges (CF 226, parágrafo 5º);
- (c) Igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF 227, parágrafo 6º) (2003, p. 319).

Com a nova visão constitucional pautada na dignidade da pessoa humana, dois direitos que se estruturaram conjuntamente, receberam grande destaque, são eles, os Direitos à liberdade e à igualdade.

Questiona Érica Verícia, “só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade” (CANUTO, 2004, p. 289).

Em prol de garantia dos direitos elencados pela Constituição, é vedado ao legislador, bem como, ao aplicador da lei distorcer os dispositivos constitucionais.

Não é admitido a existência de texto normativo que o contrarie, a exemplo de tratamento desigual de direitos entre os gêneros, salvo quando a própria Constituição permitir.

Para Maria Berenice Dias, as mudanças trouxeram significativas transformações na sociedade e na vida das pessoas. Elencando algumas modificações com maior realce:

A supremacia da dignidade da pessoa humana está lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, grandes artífices de um novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no País. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. O constituinte de 1988 consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre (2010, p.41).

Assim, se prontificou a proteger de forma diferenciada a família, considerando-a como a “base da sociedade”. Pautando no princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando assistência a cada um dos membros que o compõem, bem como, criando mecanismo contra a violência realizado no âmbito “familiar”. Assim, prevê o artigo 226, parágrafos 7º e 8º.

Após a consideração e aplicação do princípio da liberdade florescer na relação familiar, “redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos e a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder de família” (DIAS, 2010, p. 64).

Ademais, de acordo com os artigos 227 e 230, ambos da Constituição Federal, informam que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de amparar aos idosos, crianças e adolescentes, concedendo direitos e colocando-os a salvo de toda forma negativa de discriminação, violência, crueldade, opressão e outros.

Comenta Leda Maria Hermann, que a base constitucional invocada no artigo 226, da Constituição Federal,

Consiste no dever do Estado em prestar assistência à família, não apenas como grupo ou unidade, mas em relação a cada um de seus membros, incumbindo-lhe criar, para tanto, estratégias e ferramentas de enfrentamento da violência no âmbito familiar (2012, p. 84).

Nota-se que uma das funções constitucionais do Estado, refere-se a proteção da família, alcançando a cada um dos membros que a compõem, sem distinção de gênero e classe social.

Guilherme Calmon, conceitua a família como sendo o resultado das transformações sociais. “Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor” (2005, p.323).

O conceito de não segue mais ao perfil tradicional do homem e da mulher unidos pelo casamento, consagrado pela igreja católica como um “sacramento indissolúvel” (presente no “até que a morte os separe”).

Atualmente vigora um conceito amplo, engloba ao casamento, união estável, família monoparental, anaparental, homoafetiva e às famílias paralelas, sem qualquer clausula de exclusão, seguindo ao rol exemplificativo.

A “relação matrimonial” originou-se da influência do cristianismo, religião presente na igreja católica, objetivando regular a ordem social. O Estado e a igreja uniram-se, assumindo uma postura conservadora para a manutenção da ordem, preponderando o casamento entre homem e mulher e a procriação entre eles.

Foi com a “relação extramatrimonial”, reconhecida como “informal”, que ganharam força os vínculos matrimoniais, começaram a ser desfeitos e crescerem novas famílias, sendo cunhada a expressão “união estável”.

A Constituição Federal ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, ganhou força a “família homoafetiva”, nas relações entre pessoas do mesmo sexo, em que pese ainda exista resistência da sociedade pela aceitação.

Outra comunidade presente em sociedade, é a “monoparental”, designada quando diante da presença de apenas um dos pais no vínculo familiar, seja por escolha ou acontecimento fático.

Convém alertar Sérgio Resende de Barros, sobre a existência da família “parental ou anaparental”, que “nasce da convivência entre parentes ou pessoas, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, que impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar” (2003, p. 151).

Berenice Dias, traz um exemplo da “família anaparental”, “a convivência sob o mesmo teto durante longos anos, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar” (2010, p. 48).

Há ainda que mencionar a “família pluriparental ou mosaico”, resultante de integrantes da relação prévia, formando uma pluralidade.

Trata-se de “famílias constituídas depois do desfazimento das relações afetivas pretéritas: reconstruídas e recompostas [...] um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de relação prévia” (*apud* DIAS, 2010, p. 49).

Existem “novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo” (MELLO, 1993, p. 81).

O que identifica a família “não é a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual, mas sim a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade e projetos de vida e propósitos comuns” (DIAS, 2010, p. 42).

No dizer de Guilherme Calmon, “está ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados” (2005, p.93).

Os ideais de “pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo, voltaram-se à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a realização dos interesses de seus componentes”(GAMA, p. 101).

Na sociedade contemporânea, diante das transformações sociais e legislativas, a composição de família tornou-se inumerável, deixando de ser singular e tornando-a plural, apresentando características diferentes e harmônicas ao conceito de “amor”.

Todas as formas de constituição familiar são merecedoras de proteção e consideração igualitária.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A atual Constituição Federal, nascida em 1988, rege-se de princípios garantidores de direitos, deveres e obrigações legais. Conduz e orienta o intérprete e preenche as lacunas necessárias.

A *Carta Magna* Finda-se aos Direitos Humanos, direitos fundamentais para a pessoa humana, adquirindo, ao artigo 5º, parágrafo 1º, eficácia imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, estabelecendo assim uma nova posição, mais valorativa e mais próxima do ideal de justiça.

Há quem a verifique como uma verdadeira carta de princípios, atribuindo eficácia às suas normas de direitos e garantias (BERENICE, 2010).

Trata-se de estrutura fundamental, que traz por fundamento ao Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Limitando aos seus padrões todo o sistema infraconstitucional.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, a expressão "direitos fundamentais" configura o direito material reputado pelo legislador como fundamental. Por outra via, o termo "garantias fundamentais" sendo o meio instrumental que dispõe a Constituição Federal para que possa ser garantido a efetividade do "direitos fundamentais" (2009, p. 624).

Neste ponto limitador, rege-se o princípio da interpretação conforme a Constituição, servindo como fonte basilar.

Flávia Piovesan, analisando a existência de princípios e regras no ordenamento jurídico, questiona que os princípios são superiores às regras, incorporando o liame de justiça e valores éticos, formando um suporte axiológico, coerente e harmônico ao sistema jurídico (PIOVESAN, 2000).

Sob o mesmo liame separatório, Ronald Dworkin, utiliza o termo princípio, como "todo o conjunto de padrões que não são regras". Ademais, esse padrão deve ser observado "por ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade" (2008, p. 36). E continua:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância [...]. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra

porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância menor (2008, p. 141).

Importante destacar, que os princípios se conciliam, ou seja, quando diante de dois ou mais princípios, no processo de decidibilidade, haverá harmonização, diferentemente das regras, que não possuem esse condão, elas colidem, se chocam, objetivando a hierarquia de uma das regras.

Mas, quando diante da decidibilidade de dois princípios, a escolha deve respeitar e priorizar o fundamento principiológico da Dignidade da Pessoa Humana, como valor fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana, “é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos” (PEREIRA, Rodrigo, 2006, p. 68).

Ainda, conceitua Ingo Wolfgang Sarlet, como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (2001, p. 60).

Este princípio reporta a ideia democrática por parte do Estado de Direito, sendo elemento essencial para interpretar a aplicação das normas jurídicas. É garantido para que o ser humano seja tratado nas melhores condições possíveis, sem violação não somente a sua parte física, corpórea, mas também pela adoção de princípios/compreensões merecedoras de respeito.

Derredor do princípio da dignidade humana, deve o Estado se abster da prática de atos que violem esse direito, mas também incentivar, compartilhar, divulgar mediante ações positivas, servir de exemplo.

Aduz Guilherme Calmon, tocante ao vínculo do princípio da dignidade humana com o âmbito familiar:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o

afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (2003, p. 105).

Para o reconhecimento e prioridade da dignidade humana, é necessário resgatar o princípio da proporcionalidade.

Pontua Dirley da Cunha, sobre a importância do princípio constitucional da proporcionalidade/razoabilidade, como limitador da atuação e discricionariedade dos poderes públicos, para que não ocorra atuação excessiva, nem se valorize de atos inúteis e desproporcionais. Possui natureza axiológica, nascente do ideal de justiça, equidade, bom senso, prudência, direito justo e outros (CUNHA JÚNIOR, 2010).

O ideal proporcionalidade/razoabilidade, possui intrinsecamente um tríptico de subprincípios, apresentam o princípio da adequação/utilidade (exige que as medidas do poder público sejam eficazes, atingindo os fins); o princípio da necessidade/exigibilidade (toca na proibição do excesso da administração); princípio da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens das medidas adotadas pelo poder público suprem as lacunas, superando as desvantagens) (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Todavia, essa proporção deve ser harmônica, equilibrada, sem anular quaisquer dos princípios, haja vista que neles estão presentes direitos e garantias fundamentais para a vida humana.

Canotilho, conceitua os princípios, como "normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismo factícios e jurídicos" (1997, p. 186).

Ainda no sentido conceitual, Paulo Bonavides, aduz que "os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional" (2001, p. 237).

Mas, porque respeitar os princípios? Os princípios como se é de conhecimento, são orientações ao legislador e ao intérprete da lei, são eles que "iluminarão" os dispositivos a serem aplicados e os casos a serem analisados.

Princípios são "mandados de otimização" (ALEXY, Robert, 2001, p. 84). Sua violação ataca a todo o ordenamento jurídico, corroendo a todo conteúdo de validade universal.

Assim explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma” (2000, p. 230).

Em prol de estruturar força em sua redação legal, a Constituição Federal rege-se por diversos princípios. Dentre os princípios estão: Princípio da força normativa; da prevalência da constituição; exclusão da interpretação contra *legem*.

De acordo com Pedro Lenza, estar-se-á diante do princípio da força normativa quando ao solucionar conflitos, os aplicadores da constituição conferirem máxima efetivação às normas constitucionais (2009).

O princípio da prevalência da constituição estabelece que "deve-se preferir a interpretação não contrária à constituição" (LENZA, 2009, p.96).

Orienta ainda, que ao intérprete não é permitido contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter concordância com a Constituição (princípio da interpretação contra *legem*) (LENZA, 2009).

Princípios garantidores da "correta orientação" constitucional. Voltados à "proteger" a pessoa humana em seus direitos, garantias, objetivos, orientações, vedações e outros tantos pontos elencados pelo constituinte.

3.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA FORMAL

O princípio da igualdade constitui grande valia para o Estado Democrático de Direito, respeitando à dignidade humana, em suas escolhas, preferências e natureza.

Igualizar é não discriminar, não diminuir a condição humana pelo que apresenta ser, pelo que se faz ou deixa de fazer. Não é possível findar-se em desequilíbrio ou diminuição.

Explica Berenice Dias, que a “justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento” (2010, p. 65).

Preocupando-se em assegurar a isonomia, a atual Constituição Federal tratou de estabelecer a isonomia em sua carta de apresentação (preâmbulo), bem como, nos artigos 3º e 5º, assim dispõem:

Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifou-se).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (grifou-se);

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifou-se).

[...]

Art. 5º 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 (grifou-se).

Nos artigos e incisos transcritos acima, é que se pauta o princípio da isonomia formal, estabelecendo que a igualdade entre os gêneros, sem distinção em direitos e obrigações.

Nota-se, como bem menciona o *caput* do artigo 5º, que a isonomia possui liame com o termo “perante a lei”. E assim sendo, a Lei como ordem constitucional, superior aos demais textos legais, deve ser respeitada, remanescendo o viés formal.

Segundo Dirley da Cunha, a igualdade formal abrange à igualdade na lei, assim dispõe:

A igualdade na lei significa que nas normas jurídicas não pode haver distinções que não sejam autorizadas pela Constituição. Tem por destinatário o legislador na medida em que o proíbe de incluir na lei fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica (p. 662).

Informa J.J.G. Canotilho que derredor nas normas plurissignificativas, ou seja, aquelas que possuem mais de uma interpretação, deverá estar presente aquela mais próxima da Constituição (1997).

Apenas o texto constitucional possui legitimidade para diante dos casos em que permitir, instituir tratamento diferente entre pessoas de gêneros distintos, sendo defeso qualquer tipo de privilégio ou perseguição, a exemplo da distinção

estabelecida na Constituição encontra-se a diferença de idade entre homens e mulheres tocante a aposentadoria (artigo 201, parágrafo 7º, inciso I e II).

O princípio da igualdade encontra-se albergado nos direitos de primeira geração, assim menciona Paulo Bonavides:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade (2009, p. 562).

Os direitos de primeira dimensão, menciona Dirley da Cunha, que compreendem os direitos civis e os direitos políticos. Explicando concernente aos direitos civis, correspondem “sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à proporcionalidade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 584).

O princípio da igualdade é fundamental para o equilíbrio dos interesses sociais e da garantia dos direitos. Por isso, visando a proteção do sujeito tomador de direitos, a Constituição determinou como princípio, não sendo passível de violação.

Segundo Pimenta Bueno: “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade não fundada unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania” (*apud* MELLO, 2000).

Esclarece Cesare Beccaria: “para prevenir os crimes, fazeis leis que não favoreçam qualquer classe em especial, mas sim com proteção igualmente a cada membro” (2004, p. 102).

Alega Alexandre de Moraes que o tratamento idêntico pela lei pretende vedar as formas de discriminações absurdas e diferenciações arbitrárias. Este princípio se opera em dois planos distintos, primeiro perante o legislador, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo a elaboração de tratamento diferenciado a quem se encontre em situação idêntica, e sob um segundo plano, direcionado ao intérprete (basicamente à autoridade pública) na aplicação da lei e atos normativos de maneira igualitária, sem diferenciação referente a sexo, religião, raça, classe social (MORAES, 2009).

Importante lembrar que "a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos" (MELLO, 2000. p. 10).

Não é válido o princípio da igualdade ter por base as diferenças físicas e de personalidade do sujeito. A Constituição deverá determinar normas iguais entre cidadãos. Não é legítimo estabelecer lei diferencial sem obedecer às necessidades da sociedade.

Diante do exposto, o tratamento atribuído pela Lei Maria da Penha, em especificar o sexo feminino, ampliando-a como gênero, mas discriminado, dando tratamento desigual tocante tanto às punições do agressor da conduta delituosa, quanto às desigualdades de proteção às vítimas de violência, seria uma "permissão" dada pelo texto constitucional?

3.1.1 Cláusula pétrea como impedimento à redução isonômica

As cláusulas pétreas simbolizam grande conquista para o ordenamento brasileiro, fortalecendo e reconhecendo direitos, trazendo segurança e certeza jurídica. Sendo estabelecidas como imutáveis e indiscutíveis.

Cláusulas são disposições, orientações que devem ser cumpridas, assim sendo reconhecida como instrumento limitador, pois não poderá haver o transbordo do conteúdo, nem ao menos, mostrar-se deficiente, raso, lacunoso.

Pétrea, advém de pedra, petrificar, empedrar, fixar, impor-se. Logo, as duas junções simbolizam a transformação do conteúdo constitucional em limite de cumprimento.

A Constituição Federal dispõe de direitos individuais, visa proteger a autonomia pessoal, sem interferência à liberdade de escolha, bem como, aos direitos coletivos, destinado à proteção da coletividade, assim orienta o artigo 5º da referida Carta Magna.

Serve como proteção contra ataque à ordem constitucional, definindo o que não pode ser mudado no Brasil, definindo precisamente o respeito aos direitos humanos e ao Estado democrático de direito.

O artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal, prevê as chamadas *cláusulas pétreas*:

Não haverá proposta de ementa constitucional tendente a abolir:
 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais (grifou-se).
 [...]

Sendo a *clausula pétrea* limite ao poder de reformar a Constituição, estão proibidas quaisquer formas de alterações que provoquem a extinção ou diminuição dos direitos e garantias individuais, como a exemplo do direito à vida, igualdade, liberdade, honra, dentre outros, não sendo possível a tentativa de abolição, salvo mediante substituição de todo o conteúdo constitucional, hipótese permitida apenas quando diante de extrema gravidade nacional.

Proíbe-se a extinção ou diminuição, mas permite a ampliação das garantias fundamentais.

Diante das petrificações impostas, importante se faz analisar determinados conteúdos de forma cautelosa, para que não apareçam passagens revestidas de validade, que importem em falência ao conteúdo proibitivo.

Infelizmente, alguns assuntos são tratados como forma de “organização” isonômica, sem considerar os limites e os direitos fundamentais, trazem respostas vagas e contraditórias para suprir uma discriminação, que talvez seja posta pelo próprio Estado, que demonstra-se, mesmo diante da vasta experiência, inexperiente e despreparado.

Como a exemplo da questão isonômica, não se deve aplicar isonomia retirando os direitos de quem os tem, trata-se de invocar a aplicação invertida da isonomia, haja vista que valer-se da noção isonômica para a retirada dos direitos de alguns, ao final acaba por violar o direito de todos.

Invocar por fundamento uma garantia fundamental para romper uma outra garantia fundamental é violar drasticamente a Constituição Federal.

Orienta Alexandre Bizzotto, em sua obra “A inversão ideológica do discurso garantista”:

Através da interpretação de institutos constitucionais, há a subversão das finalidades das normas constitucionais de conteúdo garantidos com a fática ampliação do

sistema penal, permitindo-se a abertura de caminhos para facilitar a criminalização secundária. São utilizados fundamentos que deveriam servir para limitar o Estado Penal com o resultado de ampliação da atuação deste.

Com a inversão ideológica, os postulados do Estado Democrático de Direito são manipulados para permitir, sob a proteção da formalidade do discurso garantista, a concretização de violações penais aos direitos fundamentais sob a influência de conceitos gerados pela ideologia da defesa social (2009, p. 69).

Para o saudoso magistrado acima citado, o sentimento de intolerância advém do desenvolvimento de um desejo vinculado à proteção dos direitos fundamentais pautado na inversão ideológica de suas finalidades.

Sendo que essa inversão ideológica advém dos estudos da teoria crítica dos direitos humanos. É lacunosa uma visão social e valorativa para com os verdadeiros problemas sociais.

São existentes teses voltadas a mitigar a proteção aos direitos fundamentais. Existe um confronto com as garantias constitucionais articuladas tanto pelas políticas legislativas, quanto pelo reforço midiático, pautando na discussão do direito penal, sob o ideário iluminista, justificando a tese punitiva (BIZZOTTO, Alexandre, 2009).

Em verdade, existe uma faceta interpretativa que se fundamenta derredor de um preceito constitucional, atribuindo uma aparência positiva e legal, visando ampliar a criminalização, mas que em verdade acaba por inverter o teor conceitual das normas constitucionais, apropriando-se assim do discurso efficientista, punindo a toda e qualquer condição. Essa é a vertente ideológica do discurso efficientista.

É preciso pensar para compreender o Direito, deixar de lado as indiferenças e seguir rumo ao “modelo ideal”, principalmente no que toca as ciências criminais.

Em que pese se almeje esse “modelo ideal”, a sociedade veste-se ao contraditório, nota-se um fascínio social pela disciplina, ou melhor, um excesso ao fascínio, cuja interpretação e fundamentação são precárias.

Não deve ser esquecido que o âmbito Penal é ultima instância, haja vista voltar-se à punição, a limitação à liberdade do ser humano, mas a sociedade parece não desejar conhecer sobre sua existência, a cada vez o excesso de violência passa a suprir as lacunosas críticas.

Assim, de acordo com Salo de Carvalho, em seu “Antimanual de criminologia”, esses fenômenos “[...] expõem a fraqueza do humano frente aos

modelos de conduta traçados como ideais pela modernidade” (CARVALHO, Salo, 2015, p.29).

Em oposição ao modelo de percepção voltado a anular a violência e afirmar os ideais, as ciências criminais caracterizam-se pelo uso desmedido da força, com alto poder destrutivo (CARVALHO, 2015).

Nesse sentido, orienta Luigi Ferrajoli: “A história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que é a própria história dos delitos” (CARVALHO, Salo, 2015, p.29).

Salo de Carvalho, na procura do início da paixão pelas ciências criminais, analisou o exemplo do aluno leigo, aquele que ingressa à instituição de ensino, ao curso de direito que volta seu olhar ao pulsante conteúdo das investigações.

Assim, nota-se que são as situações “caracterizadas pela violência, pelo abuso da força e pelos excessos de poder que geram fascínio nos jovens estudantes de direito” (2015, p. 36).

Todavia, essa paixão em alguns casos são afastadas diante de casos específicos e traumáticos, restando apenas mágoa e decepção. Mas, também existe a questão do ensino lacunoso ou pré-moldado para o aluno, cuja dúvida está presente no docente.

Nota-se que existe uma estrutura de ensino que repele o aluno ao invés de acolher, por isso também é preciso desvendar essa dificuldade do professor em entusiasmar o discente (CARVALHO, 2013).

É notório que as ideias, sentimentos e argumentações, considerações como um todo, pelo que toca ao sistema penal são a cada vez pontuadas com um sentido contrário ao que se objetiva: Anular a violência.

Esse objetivo é lacunoso, corrompido pelo *animus* de potencializar a violência. Em que pese haja alegações de visão ampla, a cada vez é perceptível sua contradição, estabelecendo assim: “olho por olho, dente por dente e o mundo acabará cego e sem dentes” (Mahatma Gandhi).

Assim expõe Zygmunt Bauman: “a incriminação parece estar emergindo como o principal substituto da sociedade de consumo para o rápido desaparecimento dos dispositivos do estado de bem-estar” (2008, p. 198).

Ocorre que a ciência criminal desperta o sentimento emocional das pessoas diante do vínculo com a vida, morte e a “justiça”, ideais traçados pela sociedade. O que de certa forma corrompe o pensamento macro limitando-se a um ponto de vista exclusivamente subjetivo (CARVALHO, 2013).

Ademais, a causa pelo pensamento restrito não advém apenas do pré-conceito estabelecido, mas ainda sob uma ligação a este pré-conceito (conceito prévio estabelecido), as instituições de ensino através do corpo docente trazem um ensino não crítico, bem como, já pré-definido, limitando-se à parte histórica e teorias, considerando-os obsoleto, não estimulando o aluno à críticas.

Note que o estímulo gera a crítica e a crítica é importante para a o pensamento macro. Será a partir deste pensamento macro que as soluções à criminologia, pelo que visa a extinguir a violência.

O atual modelo vincula-se a soluções mais rápidas, como a exemplo da prisão, condenação, em que na maioria das vezes não é eficaz, haja vista a contradição com a “ressocialização”.

É preocupante e sombrio o futuro do Direito Penal moderno. Se o caminho ao qual deve ser tramitado pelo Direito Penal basear-se na ótica meramente efficientista, relativizando as garantias fundamentais e “atropelando” a Constituição Federal, certamente não haverá futuro para o Direito Penal, mas sim um retrocesso ao modelo ditatorial, sendo adotando o discurso tocante ao Direito Penal emergencial, bem como, Direito Penal do inimigo, conforme desenvolve Raúl Zaffaroni.

É notório que o cenário atual encontra-se em situação de emergência, desastroso, como um “pêndulo de retrocesso nas garantias”.

O Direito Penal está intimamente ligado com o direito à liberdade, que para alguns é mais importante que o direito à vida. É importante compreender que regras de liberdade devem sempre ser interpretadas de forma extensiva e não restritiva. Por isso, o Direito Penal deve ser tratado com seriedade, com posições pautadas na razão, considerando a parte hipossuficiente (réu), sem fundamentos no clamor social e alarme midiático, devem ser respeitados direitos e garantias constitucionais.

O Sistema Penal Brasileiro é instituto voltado a regular o convívio social, o qual se utiliza da força estatal para prevenir uma conduta ameaçadora, bem como, reprimir a conduta causadora de dano.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, "é meio de controle social que procura resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens" (BITENCOURT, 2010, p.31).

Infelizmente, mesmo diante de toda a maravilhosa redação legal e de seus instrumentos voltados a ressocialização da pena, ainda assim, encontra-se o ser humano diante da ideologia estatal, que induz o sujeito a acreditar em um sistema totalmente bom.

Mas, porque não utilizar-se da boa retórica e melhorar a situação que se encontra? Há falta de lei ou falta de boa administração estatal?

Já dizia Cesare Beccaria, que as leis que regem a conduta humana, na maioria das vezes validam-se da vontade minoritária:

As leis que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: todos o bem-estar possível para a maioria (2004, p. 16).

Há quem acredite na carência de leis reguladoras, mas fato é que a ausência de manifestação estatal é gritante diante da vasta gama de situações precárias que percorrem na sociedade.

3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL

É válido ressaltar que existem duas espécies de igualdades permitidas no ordenamento jurídico brasileiro: A igualdade formal e a igualdade material.

Mônica Guazzelli Estroug, reconheceu que "a igualdade não é absoluta, até porque as coisas, o direito e obrigações podem se apresentar, materialmente, distintos e, no entanto, podem exprimir uma igualdade" (2010, p. 328).

Assim, ganha reforço a ideia da isonomia diferenciada nas situações diferentes, dependendo dos elementos constantes na situação.

A igualdade material é a igualdade perante a Lei, que segundo Dirley da Cunha, esse é o tipo de igualdade “segundo a qual se deve aplicar igualmente a lei, mesmo que crie uma desigualdade” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 662).

Conhecida como igualdade de oportunidades, busca-se igualar desigualando, fundamentando-se nas ações afirmativas e no artigos 3º, inciso III, artigos 170 e 193, todos findados na Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...];
[...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A igualdade foi pensada como requisito para a justiça. Pensando no que é justo, pontuou destaque a outra matéria de igual importância, combater a desigualdade.

Segundo José Afonso da Silva, a justiça material, também designada como “concreta”, é entendida como uma espécie da igualdade formal, concedendo a cada um nos limites de suas necessidades (2000).

Esclarece Rui Barbosa, numa reflexão brilhante nas “Orações aos Moços”:

Não há, no universo duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, às folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros, no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (1999, p. 26).

Nota-se que Rui Barbosa, de forma brilhante, deixa claro que nada no mundo pode ser considerado igual, nem mesmo os “homens”.

Bandeira de Mello ressalta:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (1993, p. 17).

Singrando estes mares, é evidente a preocupação em estabelecer a igualdade material, conhecida também como igualdade substancial, fundamentada na extinção de qualquer forma discriminatória.

Aponta Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que a questão isonômica será aplicada com o mesmo tratamento jurídico para homens e mulheres, quando diante de uma situação fática igual, mas diante de uma situação fática desigual, o tratamento também será diferenciado, respeitando assim a isonomia (2012).

Infere-se então, que quando diante de uma mesma posição, “situação fática igual”, o tratame não sofrerá qualquer anomalia, diferentemente da presença de situações desiguais.

“A aplicação da igualdade dependerá dos elementos que se circunscrevem em cada situação, levando-se em conta a matéria tratada e a situação histórica e atual que cerca o homem e a mulher em cada situação concreta” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.123).

Para Rios, significa que o legislador tem o dever de “considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos” (2002, p. 32).

Nesse diapasão, Rodrigo Pereira: “Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que se funda no princípio da igualdade” (2006, p. 92).

Importante lembrar que todo o tratame isonômico deve afastar o preconceito e a discriminação, preservando, priorizando e assegurando proteção à pessoa humana.

3.2.1 Das ações afirmativas e seu caráter temporário

O referido termo iniciou-se em 1960, Estados Unidos, na presidência de John F. Kennedy. As ações afirmativas, referiam-se aos atos que fortificam a igualdade entre as raças, brancos e negos (DWORKIN, 2005).

“No Brasil, as ações afirmativas integram uma agenda de combate a herança histórica de escravidão, segregação racial e racismo contra a população negra” (SEPPPIR).

A ação afirmativa também é conhecida por vários doutrinadores como discriminação positiva. Importante frisar que a Constituição proíbe a discriminação, mas põe a salvo a “positiva”, como forma de atribuir a igualdade para os desiguais, buscando “igualar desigualando”.

Talvez não seja a melhor expressão trazida pela doutrina, “discriminação positiva”, outras formas poderiam ser adotadas sem implicar qualquer conotação, por isso, melhor mencionar “ação afirmativa”.

Todavia, há quem separe as expressões, apontando serem as “ações afirmativas”, formas estrutural e de incentivo para grupos, visando atribuir direitos iguais. Já a “discriminação positiva”, possui por finalidade realizar a seleção de pessoas que percorrem o caminho da desvantagem, visando também atribuir direitos iguais.

Notório é que ambas as expressões, sendo sinônimas ou não, objetivam tornar a sociedade mais igualitária, sem discriminação.

Foi através da isonomia material que nasceu a lógica de uma igualdade de oportunidades, abrindo espaço para adoção de ações afirmativas.

O Ministério da Justiça e Cidadania, através das Políticas de Promoção da Igualdade Racial, trouxe algumas informações consideráveis, tocante ao assunto:

Ações afirmativas são políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades raciais presentes na sociedade, acumuladas ao longo de anos (grifou-se).

Uma ação afirmativa busca oferecer igualdade de oportunidades a todos. As ações afirmativas podem ser de três tipos: com o objetivo de reverter a representação negativa dos negros; para promover igualdade de oportunidades; e para combater o preconceito e o racismo (grifou-se).

Vale lembrar que as políticas de ações afirmativas não são exclusivas do governo. A iniciativa privada e as organizações sociais sem fins lucrativos

também são atores importantes neste processo, podendo atuar em conjunto, dando suporte, ou de forma complementar ao governo (grifou-se).

As ações afirmativas no Brasil partem do conceito de equidade expresso na constituição, que significa tratar os desiguais de forma desigual, isto é, oferecer estímulos a todos aqueles que não tiveram igualdade de oportunidade devido a discriminação e racismo (grifou-se).

Uma ação afirmativa não deve ser vista como um benefício, ou algo injusto. Pelo contrário, a ação afirmativa só se faz necessária quando percebemos um histórico de injustiças e direitos que não foram assegurados (SEPPIR).

A Seppir (Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial), conforme extraído as informações acima, atua conjuntamente com outros entes, elaborando, executando e acompanhando “ações afirmativas” em determinadas áreas, a exemplo da educação e mulheres.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, decidiu em 2012, de forma unanime, pela constitucionalidade das ações afirmativas, que objetivam reduzir a desigualdade e discriminação no país.

Dirley da Cunha, conceitua como "conjunto de medidas administrativas e legislativas de política pública com objetivo de compensar as desigualdades históricas que decorrem da marginalização social" (CUNHA, 2010, p.665).

Renata Malta Villas-Bôas, visando como forma de combater injustiças sociais, conceitua como sendo "medidas especiais e temporárias determinadas pelo Estado com o objetivo específico de eliminar as desigualdades acumuladas no decorrer da história" (2003, p. 57).

Para Rui Pedro da Fontoura Porto, a Lei nº 11.340/06, ingressa como uma Lei afirmativa, analisando o fim constitucional a que se destina – “inibir a discriminação de gênero no âmbito doméstico ou familiar, traduzida em diversas modalidades de violência” (2014, p. 26), considerando ainda, a condição de vulnerabilidade.

Joaquim Barbosa Gomes conceitua-as da seguinte forma:

Atualmente as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (2001, p. 40).

Nota-se a evidência do caráter temporário, a curto prazo, desconstruindo a ideia de definitivo, *ad eternum*.

Como bem frisado por Ronald Dworkin, o que se objetiva com as ações afirmativas é a futura eliminação da discriminação, por isso deve ser passageiro (2005).

Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, destaca a importância das ações afirmativas:

É importante destacar que a adoção de políticas afirmativas deve ter um prazo de duração, até serem sanados ou minimizados os efeitos do preconceito e da discriminação sofridos pelas minorias desfavorecidas (grifou-se).

Se as ações afirmativas visam a estabelecer um equilíbrio na representação das categorias nas mais diversas áreas da sociedade quando os objetivos forem finalmente atingidos, tais políticas devem ser extintas, sob pena de maltratarmos a necessidade de um tratamento equânime entre as pessoas, por estabelecerem distinções não mais devidas.

A prática de programas positivos de forma ilimitada terminaria por ser delimitada pelo subprincípio da proibição do excesso, previsto no princípio da proporcionalidade (2007, p. 221).

A Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, orienta a respeito do caráter temporário das ações afirmativas, cujo objetivo é corrigir as desigualdades: “ não deve ser vista como algo paternalista ou que cria dependência. Elas são ações para a correção de desigualdades. Tão logo estas desigualdades desaparecem, a adoção de ações afirmativas deixa de ser necessária” (SEPPIR).

Mas será que a Lei Maria da Penha cumpre com este objetivo passageiro? Será que o índice de violência fora reduzido? Percebe a cada vez a ineficaz atuação do Estado em diminuir as barreiras da desigualdade social.

Segundo Alexandre de Moraes, “para as discriminações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável” (2012, p, 32).

Importante frisar, que o número de informações que chegam ao conhecimento dos órgãos de proteção às mulheres, crescem a cada vez. Assim, essa característica temporária, sob a qual dispõe o ação afirmativa, encontra-se cada vez mais contraditório e distante.

Ademais, estende-se também o aparecimento de novas condutas incriminadoras, que não são apenas provocadas ativamente por um único gênero, mas sim passível para com todos.

Se faz necessário proteger a família, é a família como conjunto, que deve ser amparada mediante ações afirmativas, mas não “alguns” de seus membros, pois assim estaria incorrendo em discriminação e desigualdade.

Como bem mencionou Rui Barbosa, no capítulo anterior, sobre a posição do ser humano, onde cada um é diferente, não existindo igualdade entre um e outros, afirmando que nada no mundo é igual.

Assim, não é possível também igualar a todos os gêneros masculinos como unicamente fortes, agressivos, prolatando o caráter do “Super Homem”, bem como, igualar a todas as mulheres como apenas “sexo frágil”, que não pratica qualquer agressão no âmbito familiar.

Ainda, além de igualar a todos os homens e igualar a todas as mulheres, desigualam os grupos sem analisar a cada situação, onde infelizmente alguns magistrados aceitam a análise individual aplicando de forma análoga.

Como pode uma Lei, “disfarçadamente”, fundamentar-se na Constituição Federal, dessa forma?

Alice Bianchini, ao analisar as ações afirmativas e a Lei Maria da Penha:

É uma Lei de ação afirmativa, significando que seu caráter é transitório. Ela vigorará, portanto, enquanto for necessária para atingir os objetivos para os quais ela foi criada: coibir e prevenir a violência de gênero, no contexto doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto. Para cumprir com tal função, ela se vale de ferramentas jurídicas e não jurídicas (2013, p. 24).

Analisa Dworkin que o cidadão não tem que sofrer desvantagem "porque a raça, religião ou seita, região ou outro grupo natural ou artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo" (DWORKIN, 2005, p.448).

Entretanto, é importante frisar tocante ao tratamento que dispõe a Constituição brasileira, até que ponto pondera-se a questão da discriminação positiva?

No mesmo sentido, Indaga Celso Antônio Bandeira de Mello: "Qual o critério para distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Quais os limites inerentes à função legal de discriminar?" (2000, p. 13).

Responder a esta questão é tarefa árdua, para a resposta é necessário a "boa vivência", ou seja, em presenciar e compreender as dificuldades e necessidades da sociedade.

4. A VISÃO CONSTITUCIONAL DA LEI

Para saber se uma Lei é ou não constitucional é necessário averiguar se os dispositivos presentes na redação encontram-se de acordo com a Constituição Federal, por ser a Lei Maior e instituto de validade para com as demais.

Todo preceito em desacordo com a Lei Maior não deve ser fundamentado, pois não existe validade e assim deve ser conhecido como "inconstitucional".

As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, supremacia e eficácia, pois determinam uma conduta obrigatória a ser seguida por todos, sem exceção.

Assim mencionou Rui Barbosa: "não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras" (2008, p. 475).

Ademais, em face da supremacia, "todas as manifestações normativas, em um Estado de Direito, devem estar em consonância com a Constituição e jamais contra ela" (CUNHA JÚNIOR, Dirley, 2010, p. 107).

O propósito da Lei nº 11.340/2006, vulgo Lei Maria da Penha, foi a criação de mecanismos para proteger determinado gênero derredor do "âmbito familiar", de forma genérica.

Conforme já mencionado nos capítulos anteriores, uma gama de fundamentos voltados ao âmbito constitucional foram utilizados para a elaboração dos dispositivos da Lei.

Utilizou-se do princípio da igualdade como suporte para o evidente *discriminis*, mais especificamente a modalidade material, também ramificado por ações afirmativas/discriminação positiva, objetivando desigualar para igualar, entre outros.

Posiciona Maria Berenice Dias, que não faltam justificativas para que as mulheres recebam atenção diferenciada. Informa ainda:

O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão, tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural.

Por isso são necessárias equalizações por meio de discriminações positivas: medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório.

Daí o significado da Lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial (2012, p. 108).

Os adeptos dessa concepção, acreditam que a referida Lei não fere o princípio da igualdade formal elencada no artigo 5º da Constituição Federal, haja vista que protege as mulheres violentadas em seus lares, considerando a isonomia substancial, a de fato.

De acordo com Carmen Hein de Campos, o termo “mulher” mencionado na Lei, “indica a verdadeira complexidade da situação de violência doméstica, para além dos preceitos classificatórios e dicotômicos do direito penal ortodoxo” (2011, p. 146).

Não há qualquer discussão tocante às violências praticadas pela mulher no mesmo âmbito familiar, mas tão somente sobre sua proteção como vítima, sob justificativa no critério de “valoração” e “equilíbrio”.

De acordo com Rui Ramos Ribeiro, “o tratamento favorável à mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social ao gênero feminino” (2006, p. 50).

Para Pedro Rui, a Lei Maria da Penha ingressa no sistema jurídico brasileiro com a finalidade:

Contribuir para modificar uma realidade social, forjada ao longo da história, que discrimina a mulher nas relações familiares ou domésticas, aviltando-o à condição de cidadã de segunda categoria, rebaixando sua autoestima e, por consequência, afetando-lhe a dignidade humana (2014, p. 25).

Além de considerar apenas a mulher no polo passivo como posição aceita constitucionalmente, existem alguns dispositivos contraditórios presente na redação legal, que são de igual consideração, a exemplo do artigo 41 da Lei, que veda a

aplicação da Lei sob número 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e de outras questões com tratamento diferente no aspecto material e processual criminal.

Assim, analisar-se-á o exemplo demonstrado por Berenice Dias: “o genitor ocasiona no âmbito doméstico, lesões leves em um filho e em uma filha” (p. 109).

No exemplo acima, nota-se a ramificação de duas competências (Juizado e Vara de Violência Doméstica). Ao agredir o filho, a competência será do juizado especial (crimes considerados menos graves – menor potencial ofensivo), mas ao agredir a filha, a competência será da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

No juizado, o agressor faz jus a determinados benefícios, institutos despenalizadores, diferentemente da Vara especializada, que aplica rigor em suas diretrizes.

Para Alice Bianchini, a análise constitucional da Lei Maria da Penha trata-se de “um implemento de um novo modo de pensar e agir, com valores outros sendo disseminados [...] Aspira-se à liberdade dos jeitos de ser, requisito intrínseco para se chegar à igualdade” (2013, p. 19).

4.1 O PENSAMENTO GENÉRICO DERREDOR DA VULNERABILIDADE DA MULHER

Todo um conceito geral da vulnerabilidade da mulher, ou seja, sua fragilidade quando “comparada” com a figura masculina, advém da história da figura feminina, analisando todos os contextos.

Assim, o instrumento para averiguar a vulnerabilidade do gênero não é análise individual de cada membro familiar, mas sim a análise histórica vivida da mulher.

Todavia, importante compreender que os contextos mudam, novas condutas ganham destaques, novas leis são implantadas para suprir a nova demanda, objetivando equilibrar a sociedade e não prejudicar a pessoa humana.

Esse novo contexto, também deve ser observado dentro do âmbito doméstico, em sentido amplo, respeitando a cada membro e protegendo de situações, como a violência empregada entre os membros.

Mesmo passando a considerar dois grupos (feminina e masculino), é notório, diante do já estudado, que a evolução permite proteger a todos, bem como, também considerar que nem todas as mulheres são iguais e que nem todos os homens são iguais, cada um, em sua individualidade, possui diferenças e merecem ser respeitados e tratados isonomicamente.

A mulher merece ser protegida de todas as formas de violência, bem como, todos os membros familiares.

É necessário compreender que desde a antiguidade a concepção de superioridade masculina e redução da capacidade da mulher à condição de inferioridade já existia.

Com as regras estabelecidas na sociedade, de tempo em tempo, muitas vinculam à mulher atividades de cuidado da prole e ao homem o cuidado do provento, pensamentos que afastam a mulher das interações produtivas.

A visão diferencial entre os gêneros não é um fenômeno exclusivamente social, possui origem biológica, desenvolvida pela evolução e não exclusivamente pela raça humana. Cada célula contém uma codificação responsável por suas características pessoais (DAWKINS, 2001).

Segundo Richard Dawkins, a exploração da “fêmea” começa desde a formação do embrião. A lei da natureza permite que o espermatozoide do “macho” seja potencialmente capaz de produzir muitos filhos, pois cada embrião recebe o alimento adequado da mãe, sendo esta que estabelece o limite de quantidade dos filhos que a “fêmea” possa gerar (2001).

Foi na década de sessenta que o protagonismo feminino veio à tona, estando ligado a forma de subsistência (atividades que não exigiam força física) e a forma de procriação, por esta última, a mulher era considerada praticamente sagrada. Estudos antigos desvendaram que a maioria das divindades eram femininas, sendo as masculinas relativamente recentes. A hegemonia masculina foi se instalando quando diante da necessidade da posse e lutas por terras e caçadas a grandes

animais, exigindo da força que o homem possui, passando o homem a dominar e a mulher a ser dominada (HERMANN, 2012).

Mas, soberanas mulheres comprovaram a capacidade feminina:

A Rainha de Sabá pôs à prova a sabedoria de Salomão; Cleópatra, Rainha do Egito, manipulou, com sensualidade e inteligência, dois homens poderosos – Júlio César e Marco Antônio -, desafiando a hegemonia do Império Romano em defesa da integridade e independência do seu reino.

Muitos séculos depois, a rainha Elisabeth I governou a Inglaterra com sabedoria e autoridade por mais de quarenta anos, garantindo ao povo britânico longo tempo de paz e prosperidade.

Catarina da Prússia, irreverente desde a infância, reinou sobre a Rússia por casamento; entretanto era sua soberania e não a do imperador que o povo reconhecia e reverenciava (HERMANN, 2012, p. 55).

Ademais, passagens bíblicas também transcreve a manifestação da figura feminina à época, a exemplo de Maria de Nazaré, Maria Madalena, e outras. Rebeca, personagem bíblica, foi exemplo de comportamento malicioso, quando orientou seu filho Jacó, a enganar seu pai Isaac, para conseguira benção (Livro do Gênesis, 27:6-15).

Muitos outros destaques femininos marcaram a passagem histórica: Joana D’Arc, Chiquinha Gonzaga e Anita Garibaldi.

A mulher por muitos anos foi condicionada unicamente a exercer sua sexualidade em prol da reprodução, e seus desejos eram considerados pecaminosos, excluídas da sociedade respeitável.

Atualmente, ainda é existente um “jogo de palavras” que deduz a questão sobre a limitação da mulher, a exemplo da expressão “homem de vida fácil”, que remete a pensar em um homem que não precisa trabalhar, mas ao questionar tocante à “mulher de vida fácil”, compara-se a uma prostituta (HERMANN, 2012).

Outras expressões também são comparadas:

- Homem vadio: aquele que não gosta de labuta;
- Mulher vadia: a que deita com vários parceiros;
- Homem público: o que desempenha funções políticas ou estatais;
- Mulher pública: prostituta;
- Homem vulgar: o que não tem refinamento;
- Mulher vulgar: a que se comporta de forma sexualmente agressiva e irreverente, atirada;
- Homem puto: bravo, zangado, furioso;
- Mulher puta: puta;
- Homem bom: o que age com bondade e generosidade;
- Mulher boa: de corpo bonito, que desperta apetite sexual;

- Homem sério: sujeito responsável, cumpridor de seus deveres, bom pagador;
- Mulher séria: a de um único leito;
- Homem de respeito: considerado, aceito, bem-sucedido;
- Mulher de respeito: a que não admite cantadas ou investidas;
- Homem honesto: bom pagador, justo, correto;
- Mulher honesta: a que é virgem, sexualmente monogâmica ou sexualmente não ativa (HERMANN, 2012, p. 29-31).

É notório que tais entendimentos preconceituosos infiltrados na visão sobre a figura feminina, devem ser rechaçados! Uma “nova visão”, a visão que deveria ter sido adotada é a igualdade, sem indiferenças, resultando em contextos melhores.

Apesar de análise maculada e preconceituosa, as relações de gêneros vem sendo transformadas, ampliando as possibilidades para mulheres que antes eram sonegadas.

Foi diante da sociedade moderna que começou o início da emancipação deste conceito negativo, o qual vinculava a mulher em condição próxima a de objeto, bem como, o início da mulher trabalhadora que luta por seus direitos, sendo um marco de conquistas do sexo feminino na sociedade (PAMPLONA, Rodolfo, 2011).

“A revolução Industrial, sem sombra de dúvida, é um marco divisório para a efetiva conquista do espaço feminino na sociedade moderna, com a emancipação e o trabalho da mulher” (PAMPLONA, 2011, p. 33).

Mas, “embora as mulheres estejam marcando presença maciça em lugares simbólicos de poder, o feminino ainda não colheu valorização compatível com essas conquistas” (HERMANN, 2012, p. 35).

Alice Bianchini informa que “apesar da mulher encontrar-se em uma situação de vulnerabilidade, tal não significa que ela é mais frágil que o homem. Trata-se de uma vulnerabilidade situacional” (2013, p. 52).

4.2 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES TOCANTE À LEI Nº 11.340/06

Como de costume, sempre que diante de disciplina de alta repercussão provocado é o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Foi o caso da Lei Maria da Penha, que mesmo após sua vigência, por diversas vezes foi apreciada pelas Cortes.

Diante da vasta discussão sobre a constitucionalidade da Lei, pronunciou o Supremo Tribunal Federal (STF) sobre determinadas ações: Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.424, julgando-as em 09 de fevereiro do ano de 2012 (PORTO, Pedro Rui, 2014).

Diante dos inúmeros julgados que negavam a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006, o então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, tomou providência de por meio do Advogado Geral da União, propondo no ano de 2007 a Ação Direta de Constitucionalidade nº 19, ação admitida pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, que o encaminhou ao julgamento pelo plenário da Corte (DIAS, Maria Berenice, 2012).

Foi proposta para "dirimir a controvérsia referente à suposta ofensa ao princípio da igualdade, com base no art. 1º, da Lei, sem previsão análoga para os homens, além de declarar constitucional os artigos 1º, 33 e 41" (BIANCHINI, 2013).

Vide disposição normativa dos mencionados artigos:

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

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente;

Art. 41. 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.

Os artigos possibilitam proteção diferenciada ao gênero do sexo feminino (artigo 1º - igualdade material), dispondo de medidas especiais (artigo 33 - cumulação de competência cível e criminal da Vara Criminal), e trazendo benefícios e punições mais severas aos agressores (artigo 41 - afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95).

Com os questionamentos voltados a afirmar a constitucionalidade dos dispositivos acima, compreendeu o STF que a Lei surgiu para dar efetividade ao parágrafo 8º, do artigo 226, da Constituição Federal, criando mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência contra a mulher. Ademais, alegou não ser desproporcional o uso do sexo como critério de diferenciação, em face da vulnerabilidade da mulher no âmbito privado (DIAS, 2012).

Abaixo encontra-se a seguinte redação que toca à decisão da ADC nº 19:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4.424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia -Geral da União, a Drª Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral da União de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4.424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012 (STF, 2012).

A ministra Rosa Weber sustentou que a Lei Maria da Penha “inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira” (STF, 2012).

O ministro Luiz Fux também manifestou-se a favor da ADC e informou que "a lei está em consonância com a proteção, e cabe ao Estado dar proteção a cada membro da família, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal" (STF, 2012).

Neste sentido, decidiu o Supremo Federal pela procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, julgada por unanimidade.

Por oportuno, o artigo 33, da Lei Maria da Penha apresenta contundente equívoco na transferência de competência das varas quando não estruturados os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Analisa Leda Maria Herman que o artigo 33, trata de consequência da sobrevalorização da resposta penal como instrumento de enfrentamento deste tipo de violência, verificada em outros dispositivos da Lei nº 11.340/2006, a exemplo do artigo 41 que não se aplica a lei nº 9.099/95; o artigo 16 que quando o juiz receber o pedido da ofendida deve em quarenta e oito horas decidir sobre as medidas protetivas de urgência. Todo o contexto implica em indesejável acúmulo nas varas,

bem como, a inviabilidade de atendimento ágil e humanizado à vítima, mesmo sendo garantido o direito de preferência (2012).

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.424, proposta pela Procuradoria-Geral da República, objetivou declarar a inconstitucionalidade dos artigos 12, inciso I, artigo 16 e 41 (BIANCHINI, 2013).

O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.424), com pedido de medida cautelar, no Supremo Tribunal Federal em 04/06/2010, tendo como relator o ministro Marco Aurélio, o mesmo relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 (ADC 19) (SPM, 2010).

Os artigos questionados possuem a seguinte redação:

Art. 12. I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Art. 16. 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;

Art. 41. 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.

Os artigos (artigo 41, 12, inciso I e artigo 16), dispõem tocante a natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve.

De acordo com a Procuradoria Geral da República, compreende a possibilidade de ação pública condicionada e incondicionada à representação. O artigo 41 ao afastar a aplicação dos Juizados Especiais Criminais, há por consequência ser desnecessário representação nos crimes de lesão corporal leve. Foi ainda alegado que a referida Lei não deveria fazer qualquer menção sobre a representação, o que ocorre no artigo 12, inciso I e artigo 16 (BIANCHINI, Alice, 2013).

No julgamento fora reafirmado a dispensa da representação da vítima diante da ação penal pública incondicionada; reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover a ação, mesmo diante da desistência da vítima; afastou a

competência dos juizados, proibindo a composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo (DIAS, Maria Berenice, 2012).

Decisão do Supremo Federal tocante a ADI 4.424:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos arts. 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n. 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4.424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dr^a. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4.424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012 (STF, 2012).

A corrente majoritária acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, admitindo a possibilidade do Ministério Público iniciar a ação penal sem necessidade de representação da vítima (DIAS, 2012).

Ademais, em que pese o artigo 16, da lei Maria da Penha, informe que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, a maioria dos ministros do STF, compreende que a circunstância acaba por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres (STF, 2012).

Foi julgada por maioria dos votos, com apenas um voto contra, do Ministro Cesar Peluso (BIANCHINI, 2013).

O Ministro Cezar Peluso advertiu sobre as consequências que podem causar na sociedade brasileira diante da decisão. Preferindo a celeridade processual, viés importante no combate à violência, haja vista que quanto mais rápida a decisão, maior será sua eficácia, questionou o ministro permitindo que nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher sejam processados e julgados pelos Juizados Especiais. Ademais, concernente a ação penal, frisou que o legislador “deve ter levado em consideração elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas”, informações estas capazes de justificar a concepção penal (*apud* DIAS, 2012, p. 127).

Maria Berenice informa, que quando o Supremo Tribunal Federal compreendeu o afastamento da Lei nº 9.099/95, nos crimes de violência doméstica e

familiar contra a mulher, houve uma guinada na posição do Superior Tribunal de Justiça, admitindo-se *a posteriori*, o reconhecimento da ação pública incondicionada, a exemplo do recurso especial interposto pelo Ministério Público (STJ, REsp 1.296.407-MT (2011/0295882-0), j. 01.02.2012, rel. Min. Jorge Mussi) (MPPR, 2010).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão mais discutida concerne à representação no crime de lesão corporal leve decorrente de violência doméstica ou familiar. Trata-se de natureza condicionada à representação da vítima ou pode o Ministério Público realizar de forma que independe da vontade da vítima?

Em um primeiro momento a Corte arguiu ser imprescindível a representação, sob alegação de que não seria correto processar o ofensor mesmo contra a vontade da vítima (STJ, REsp 1.097.042-DF (2008/0227970-6), j. 24.02.2010, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/acórdão Min. Jorge Mussi), mas posteriormente admitindo-se o cunho incondicionado à representação (MPPR, 2010).

Além do manifestado pelas Cortes, a doutrina também questiona sobre a ação proposta diante do crime de lesão corporal.

Tais questionamentos surgiram, pois no Código Penal a maioria dos crimes elencados são de ação penal pública incondicionada, apenas quando a lei exigir deverá haver a representação.

Sendo assim, como no Código Penal não há lei expressa que admita a específica ação penal, compreende ser as lesões corporais de ação penal pública incondicionada. Assim como preconiza o artigo 100, do Código Penal: "A ação Penal é Pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido".

Ademais, quando a Lei Maria da Penha tratou de vedar em seu artigo 41 a manifestação nos juizados retirou o caráter de ação penal pública condicionada, ação esta admitida nos crimes de menor potencial ofensivo.

Todavia, o artigo 16, da Lei nº 11.340/2006, prevê que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida admite-se a renúncia perante o juiz, com audiência específica, antes de recebida a denúncia e ouvido o Ministério Público.

Segundo Ana Paula Schwelm e Fausto Rodrigues Lima, esta situação não se aplica aos crimes de lesão corporal leve praticados no âmbito doméstico, mas apenas sob aos crimes designados expressamente pelo Código Penal (2006).

Prelecionam Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto:

A deflagração de um processo-crime, contra a manifesta vontade da ofendida, resultará, decerto, em uma medida ineficaz. Isso porque a vítima, que não tem simpatia pelo processo e que, antes, não o deseja, tratará de dificultar a obtenção da prova, invocando situações fáticas que conduzam à absolvição do agente. Em suma: a ação penal nos crimes de lesão corporal leve passa a ser, com o advento da lei, pública incondicionada (2008, pág. 206).

Há posicionamento por outro enfoque, sob o qual compreende que é da autonomia da mulher analisar se é conveniente ou não prosseguir o processo contra seu agressor, não sendo de competência do Estado intervir na vontade alheia, já que se trata de âmbito familiar (RUFATO, Pedro Evandro de Vicente, 2012).

De acordo com o artigo 1.565, parágrafo 2º, do Código Civil, combinado com o artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, a leitura dos dois dispositivos informa que em respeito ao princípio da igualdade, a decisão do casal em relação ao planejamento familiar deve ser livre e deve ser vedado qualquer coerção realizada por instituições públicas ou privadas.

“É limitada a interferência do Estado, que deve propiciar os recursos educacionais e financeiro” (DIAS, 2010, p. 65). “É consagrado no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros” (p. 66).

Provoca Pedro Evandro: Será que o processo contra o agressor, não iria reacender um conflito aparentemente solucionado e pacificado entre as partes, impedindo a reconciliação de muitos casais? Seria razoável a interferência estatal no lar conjugal? (2012).

O Projeto Lei nº 5.297/2009 proposta pela Deputada Dalva Figueredo do PT/AP, com fulcro em por fim a controvérsia, alterando o artigo 16, da Lei nº 11.340/2006, admitindo-se ação penal pública incondicionada nos delitos de lesão corporal em âmbito doméstico e familiar contra a mulher, foi em 15/04/2014 aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em sua redação

final, sendo feito remessa ao Senado Federal pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (CÂMARA, 2009).

5. A VISÃO INCONSTITUCIONAL DA LEI

Muito se discute sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, mesmo sendo admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, a sua forma de atender às necessidades da vítima e consequências ao agressor, provocam confusão em compreender tamanha disparidade.

Os critérios para considerar a inconstitucionalidade da Lei, encontra-se no tratamento desigual entre os gêneros e no impedimento à liberdade sexual.

A afronta não percorre tão somente com o rompimento da isonomia formal (aquela prevista no Texto Constitucional – “todos são iguais”), mas também diante da desconsideração à dignidade da pessoa humana, abrangendo a liberdade de escolha, ações afirmativas temporárias, análise individual dos membros familiares diante de suas diferenças subjetivas, bem como da proibição da redução das cláusulas pétreas no tocante aos direitos e garantias individuais e ao tratamento desigual para com vítimas e agressores, análise material e processual criminal.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, tratou de estabelecer a “isonomia geral”, sem qualquer distinção, com tratamento totalmente indiferente. Assim, todos os seres humanos, independentemente do sexo, raça, origem e outros, devem ser considerados de igual forma, sem discriminação.

Todavia, como diante de uma sociedade falha por suas diretrizes, precária na saúde, educação, segurança, ainda carece de larga proteção.

Nessa proteção, é importante analisar a construção social, pois os contextos divergem, novos conceitos são estabelecidos e para tal proteção, novas normas surgem para direcionar o comportamento social e equilibrar as relações.

Assim, admitiu-se a isonomia material, pautada em uma “sociedade justa”, frente a desigualar para igualar e proporcionar equilíbrio.

A igualdade material liga-se às ações afirmativas, que apresenta por característica a limitação de tempo, ou seja, provisória/temporária, pois objetiva

aplicar uma “desigualdade” para reverter a situação, haja vista que a desigualdade não pode ser eterna.

Entretanto, a “sociedade” vem utilizando-a em caráter definitivo, sem limites, não pelo desconhecimento da cláusula, mas por qualquer outro fundamento, talvez pela falta de organização, orientação, não sabe-se a real justificativa.

Assim, a isonomia rompe-se e desiguala os desiguais e iguala os desiguais.

Ocorre que, como já bem mencionado por Rui Barbosa, todos os seres humanos apresentam diferenças, ninguém é igual ao outro.

Diante das diferenças individuais, como estabelecer que todos os homens são iguais, mas diferentes de todas as mulheres que são iguais? E ainda desconsiderar a liberdade sexual (sociedades homoafetivas)?

Ademais, como já mencionado a observância aos contextos históricos, como não compreender que outros gêneros são passíveis de sofrer violência no âmbito doméstico? Assim fundamenta a inconstitucionalidade.

Importante salientar que a mulher deve ser protegida de qualquer forma de violência doméstica e familiar, a crítica permeia pela ausência de proteção aos outros sexos que também são constantemente violentados no mesmo âmbito.

Compreende o Dr. Luiz Pádua (*apud* HAUER, 2013), que é sobre a inconstitucionalidade material, ou seja, quando diante da incompatibilidade do conteúdo da norma já produzida com uma norma constitucional, que se é questionado a Lei Maria da Penha, pois há contrariedade no conteúdo da lei para com o artigo 5º, inciso I, e artigo 226, parágrafo 8º, ambos da Constituição Federal.

Não há inconstitucionalidade formal, ou seja, quando diante de vício na fase inicial ou no trâmite processual, mas tão somente há contrariedade no conteúdo da lei. Alega Luiz Pádua que "deveria ter sido rejeitada pelo Poder Legislativo ou vetado pelo Presidente da República em um veto jurídico"(*apud* HAUER, 2013).

Sendo inconstitucional, ou seja, contrariando a constituição e desrespeitando seus limites, não tem o condão de disciplinar as condutas sociais.

O principal fundamento para os críticos da Lei Maria da Penha, pauta-se na desigualdade entre os gêneros no âmbito doméstico ou familiar que implica em não proteger o sexo masculino, e ainda aplica ao agressor punição desproporcional.

Importante verificar a redação dada pelo artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 8º - 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.

Nota-se a inadequação do constituinte e sua despreparação ao atendimento dos anseios sociais.

A constituição tratou de proteger a base familiar e a todos os membros que a integram, sem qualquer menção de gênero ou orientação sexual, haja vista ser contrária a qualquer discriminação.

Ao invés de proteção a todos aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, destina-se o texto legal às mulheres, e a escolha sexual delas. Presumindo, por assim dizer, que somente as mulheres podem ser violentadas no âmbito doméstico e familiar.

O Dr. Luiz Pádua questiona:

A lei ora comentada fala genericamente em “mulher”, ou seja, mãe, filha, avó, etc. Se um pai comete violência contra sua filha não terá ele vários benefícios da lei 9099/95 (Ex. Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo) e será alcançado pela nova lei; mas se comete qualquer violência contra seu filho (menor, por exemplo) ou contra seu pai (idoso, por exemplo), terá, em tese, vários benefícios da lei 9099/95 e não será abrangido pela lei “Maria da Penha” contraindo ainda a importante proteção à criança ou adolescente e também ao idoso (*apud* HAUER, Charlton Heslich, 2013).

É notório que a mulher vem conquistando inúmeros avanços no cenário laboral. Nomes como a exemplo, Dilma Rousseff, primeira mulher a Presidir a República Federativa do Brasil; Maria Elizabeth Rocha, primeira mulher a presidir o Superior Tribunal Militar brasileiro; Raquel Castilho, tornou-se a primeira mulher a ser condecorada na Marinha brasileira (ABDALLA, Yasmin, 2014).

Várias mulheres também vem conquistando o âmbito político. De acordo com a Secretaria-Geral da mesa da Câmara, no ano de 2014, cinquenta e uma mulheres assumirá a legislatura, número superior ao ano de 2010, sob o qual foram eleitas quarenta e cinco deputadas (EBC, 2014).

Com os referidos dados é evidente o desenvolver da mulher conhecedora de seus direitos, capaz de exercer voz ativa e exercer atividade laboral de hierarquia.

Todavia, a Lei Maria da Penha tramita em via isolada, única, com a presunção de vulnerabilidade apenas da mulher. É preciso reconhecer que ambos os gêneros são passíveis de serem violentados, independente de qualquer presunção que se possa fazer.

Alega Alexandre de Moraes que o tratamento idêntico pela lei pretende vedar as formas de discriminações absurdas e diferenciações arbitrárias. Este princípio se opera em dois planos distintos, primeiro perante o legislador, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo a elaboração de tratamento diferenciado a quem se encontre em situação idêntica, e sob um segundo plano, direcionado ao intérprete (basicamente à autoridade pública) na aplicação da lei e atos normativos de maneira igualitária, sem diferenciação referente a sexo, religião, raça, classe social (MORAES, 2009).

Não seriam tais consequências trazidas pela Lei nº 11.340/2006, já previamente comentadas no parágrafo acima, formas de discriminações absurdas e diferenciações arbitrárias, já questionadas por Alexandre de Moraes, sob o qual tende-se a vedá-las?

Convém questionar se o tratamento atribuído pela Lei Maria da Penha, em especificar o sexo feminino, ampliando-a como gênero, mas discriminado, dando tratamento desigual tocante tantos às punições do agressor da conduta delituosa, quanto às desigualdades de proteção às vítimas de violência, seria uma "permissão" dada pelo texto constitucional?

Dispõe Maria Berenice Dias, que "somente quem tem enorme resistência de enxergar a realidade da vida pode alegar que afronta ao princípio da igualdade tratar desigualmente os desiguais" (2012, p. 7).

Data vênia à respeitável autora acima mencionada, mas, ter resistência de enxergar a realidade é caminhar junto à evolução da sociedade, e compreender o quão ignorado são alguns sujeitos diante de específicas leis ao qual lhes "tiram seus direitos em ter Direitos".

Há um brocardo legal que se aplica perfeitamente ao Direito Penal, sob o qual afirma que as normas legais caminham ao lado do desenvolvimento da sociedade. É a sociedade quem cria o direito que os limitarão em suas condutas. Elas nascem

com objetivo de apurar os anseios sociais. Logo, estaria a referida lei sendo elaborada conforme as necessidades sociais?

Segundo orienta Alice Bianchini, o tratamento desigual entre os sexos, advém de uma construção social, que pode e deve ser modificada, é preciso implementar “um novo modo de pensar e agir, com valores outros sendo disseminados, prestigiados e estabelecidos por um proselitismo competente” (2013, p. 19).

Importante lembrar que "a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos" (MELLO, 2000. p. 10).

Carlos Antônio Bandeira de Mello, em sua obra "Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade", estabelece os momentos em que estar-se-á diante de ofensa ao preceito constitucional:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fato "tempo" - que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fato de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita (2000, p. 48).

Ora, todas as fundamentações elencadas por Bandeira de Mello deixam cada vez mais claro o vínculo negativo que envolve a questionável Lei.

A Lei sob análise, não abrange a pessoa futura e indeterminada; não ouve aos anseios sociais (os “reais”, ou seja, visão ampla, para com todos); pauta-se na proteção de pessoa determinada; não reside nos fatos, na situação precária e sob todas as pessoas vulneráveis, atribuindo tratamento especial ao sexo feminino; apresentando desequiparações e distinções.

“A igualdade de gênero, a fim de se tornar realidade, exige que homens e mulheres rompam com as heranças de costumes cuja atribuição de sentidos de vida já não mais se coaduna com o presente” (BIANCHINI, 2013, p. 18).

Diante da contradição, algumas decisões jurisprudenciais valem-se do princípio da isonomia aplicando decisões favoráveis aos sujeitos vulneráveis excluídos da Lei nº 11.340/2006 e que carecem de proteção.

Não é válido o princípio da igualdade ter por base as diferenças físicas e de personalidade do sujeito. A Constituição deverá determinar normas iguais entre cidadãos, não é legítimo estabelecer lei diferencial sem obedecer às necessidades da sociedade.

5.1 OFENSA AO SEXO MASCULINO E A VISÃO IDEOLÓGICA DA INVULNERABILIDADE DO HOMEM

Diversas são as condutas violentas praticadas pelo homem, mas constantes também são aquelas realizadas pelas mulheres que atentam derredor do âmbito doméstico.

Ocorre que, quando as vítimas de sexos diferentes são violentadas em uma mesma situação, recebem tratamentos diferentes. Por exemplo, “o pai que agride simultaneamente uma filha e um filho” (DIAS, 2012, p. 62). Pela agressão da filha, aplica-se as regras da Lei Maria da Penha, mas na agressão do filho aplica-se a regra diferencial, que caso seja de competência dos juizados especiais, considerando a lesão como de menor potencial ofensivo, poderão ser aceitos os institutos despenalizadores.

No dizer de Marcelo Yukio Misaka, “todo crime gera dano emocional à vítima e, aplicar um tratamento diferenciado apenas pelo fato de a vítima ser mulher, seria discriminação injustificada de gêneros” (2007, p. 86).

Há doutrinadores que posicionam-se favoráveis à aplicação da Lei analogicamente para crianças, adolescentes e idosos do sexo feminino, diante da desproporção de tratamento, como a Doutora Alice Bianchini. Mas, sendo aplicado por analogia, pois a Lei nº 11.340/2006 nada informa.

Segundo Elena Larrauri, a violência, quando praticada pela Mulher possui algumas diferenças:

- (a) menor intensidade: o dano produzido é muito inferior;
- (b) sua finalidade: age em defesa de sua integridade ou da dos filhos;

(c)seus motivos: conflito é pontual e não se caracteriza por uma pretensão global de intimidar ou castigar;

(d)seu contexto: a violência da mulher não tende a produzir uma sensação de temor perdurável (ameaça onipresente e onipotente) (1994).

Mais uma vez, é importante a análise do caso em concreto, utilizar argumentos para medir a intensidade do dano, a finalidade e o motivo, não são razoáveis, nem genéricos, mas sim discriminatórios e ilógico!

Posiciona Alice Bianchini, que aplicar a Lei Maria da Penha ao homem, é indevido por causa das especificidades da violência de gênero que fundamenta a Lei. Segundo a autora, a “sensação de temor contínuo a uma ameaça onipresente e onipotente” (2013, p. 59), caracterizam a violência de gênero.

Entretanto, nem o Código Penal tratou de aplicar tratamento diferenciado entre homens e mulheres, pune as agressões com a mesma pena, mas com o advento da Lei Maria da Penha, mudanças foram incrementadas.

Reportagens mostram casos gravíssimos de mulheres que provocaram danos em seus parceiros, evidenciando o quão necessário é a proteção doméstica e familiar, sem distinção de gênero.

Algumas reportagens que justificam a fundamentação:

O Policial Militar, Rodrigo Federizzi, foi encontrado em uma cova rasa na região metropolitana de Curitiba, enrolado em um saco plástico com perfurações de bala na cabeça e suas duas pernas decepadas, sua mulher confessou ser a autora do crime. O casal estava junto há dez anos, tinham um filho de nove anos (G1.GLOBO, 2016);

Grávida esfaqueia e mata marido em Caculé: "Joana D'Arc Martins, 31 anos, grávida de quatro meses, esfaqueou o marido, José Reginaldo Torres, 43 anos, após ele insistir em voltar para casa" (CORREIO, 2014);

Médica é presa após cortar pênis do noivo por ter rompido o relacionamento: "Myriam Princilla, foi presa em São Paulo, por cortar o pênis do ex-noivo Wendel José, após ele romper o relacionamento, a três dias do casamento" (MOREIRA, Rene, 2014).

Esses e outros crimes são praticados constantemente, e por serem mulheres, são "beneficiadas" em seu tratamento.

Há quem afirme que a violência desferida pela mulher contra o homem é diferente, por que é de menor intensidade. Assim questiona Elena Larrauri: "o dano produzido é muito inferior, pois age em defesa de sua integridade ou da dos filhos, e a violência da mulher não tende a produzir sensação de temor perdurável" (*apud* BIANCHINI, 2013, p. 59).

Orienta Pedro Rui da Fontoura Porto, tocante às características dos gêneros,

A força física e a agressividade já não são exclusivos atributos masculinos., admitindo o meio social mulheres com tais caracteres, do mesmo modo que a vaidade já é plenamente aceitável entre os homens;
Vive-se a era da relativização das dicotomias estritas, em que, ao menos no mundo ocidentalizado, se percebe, claramente, acentuada flexibilização dos papéis sociais dos gêneros (2014, p. 52).

Em verdade existe a retórica do "super-homem", sob o qual a sociedade imputa responsabilidade exclusiva ao homem pela criação do antigo "código masculino", com dever de proteger e dar provimento material a suas famílias.

De acordo com o Deputado Gonzaga Patriota:

Assim, se não foram os homens sozinhos que o elaboraram e dele se beneficiaram, também não devem ser os homens sozinhos a dar conta de seus efeitos negativos, sobre os próprios homens e sobre os demais membros da sociedade. É, portanto, responsabilidade de todos, e do Poder Público, em particular contribuir para que os homens superem o mito da invulnerabilidade e desenvolvam formas mais adequadas de autocuidado e de relacionamento com o conjunto da comunidade (PL Nº 5.686/2009).

No sentido de considerar a isonomia de tratamento, alguns Tribunais acabam por reconhecer as causas em que os homens e sociedades homoafetivas são vítimas, mas com enorme resistência à possibilidade:

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, admitiu em 06/11/2007 aplicação em favorável ao homem:

Inconstitucionalidade suscitada pelo juízo de 1.^a grau como óbice à análise de medidas assecuratórias requeridas. A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, parágrafo 8, da CF, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir inconstitucionalidade relativa em face do princípio da isonomia. [...] Recurso provido para afastar a óbice. (TJMG, ACrim. 1.0672.249317-0,j.06.11.2007,rel.Des.Judimar Biber) (TJMS, 2011).

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul também concedendo por analogia o pedido liminar em agravo de instrumento, sob o qual o ex-marido

pediu que sua esposa proibida de aproximar-se dele. O Des. Dorival Renato Pavan, membro da 4ª Turma Cível do TJMS, ao conceder a liminar, ponderou:

A liminar deveria ser deferida diante da relevância dos argumentos expostos pelo agravante, havendo prova suficiente, ao menos para a fase processual em que o feito se encontra, de que a agravada está promovendo agressões físicas e psicológicas contra o agravante, a quem chegou a ameaçar de morte, promovendo também comentários e atitudes humilhantes contra sua pessoa, fatos comprovados por meio de Boletins de Ocorrência devidamente formalizados junto à Polícia Civil, bem como fotos dos ferimentos provocados pelas agressões da agravada.

O princípio a ser aplicado para definir a espécie é o da razoabilidade, havido por ele como sendo o adequado, eis que “a inexistência de regra específica que preveja medida protetiva de não aproximação destinada ao resguardo dos direitos dos homens (gênero masculino) não é justificativa plausível ao indeferimento de tal pleito, pois, reafirmo, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo indissociável e os conflitos de interesses resolvidos através da aplicação de princípios e da interpretação analógica de suas normas (TJMS, 2011).

Outrossim, o juiz de direito Osmar de Aguir Pacheco, comarca de Rio Pardo\RS, concedeu mediante analogia medida de proteção a um homem que vinha sendo ameaçado por seu companheiro, sob fundamento de vedação a qualquer discriminação (JURIS, 2012).

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás concedeu aplicações da Lei para transexual masculino (Proc. 201.103.873.908). A magistrada alegou que: “Embora não tenha havido alteração no seu registro civil, a vítima fora submetida a uma cirurgia de redesignação sexual há 17 anos, o que o torna pessoa do sexo feminino” (BIANCHINI, 2013, p. 53).

Certo é que atribuir direitos a uns e retirá-los de outros constitui ofensa à pessoa humana, pois não pode o legislador e aplicador da lei contrariar os anseios sociais, e presumir uma maior vulnerabilidade por parte da mulher.

Compreender a vulnerabilidade única e exclusiva da mulher rompe com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é apresento como fundamento do estado democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, CF).

A questão da violência desferida contra o sexo masculino não é bem discutida, pois existe uma concepção machista, tanto por parte da mulher, quanto do homem, ambos com o mesmo pensamento de que o sexo masculino é o detentor do *pater poder*, que possui domínio geral, e sendo este assim, seria motivo de "chacota" qualquer violência que sofresse (PL Nº 5.686/2009).

Confirmação cabal dessa concepção de "invulnerabilidade masculina", são influenciados por diversos motivos, dentre eles os índices de mortalidade oriundos de acidentes de trânsito e arma de fogo, os quais são os homens que atingem proporção superior quando equiparado a mulheres, além de outros motivos.

Segundo uma pesquisa publicada na revista "*American Journal of Preventive Medicine*", sobre a violência doméstica, o senso comum considerou como "um tipo de crime que só ocorre com as mulheres, mas quase 30% dos homens dizem que foram vítimas deste tipo de abuso" (*apud* ALVES, Osvaldo Emanuel A., 2012).

Com fulcro em proteger o homem da violência doméstica/familiar, o deputado Gonzaga Patriota do PSB-PE, redigiu o Projeto de Lei nº 5.685/2009, criando o "Estatuto de Saúde e Segurança Doméstica e Familiar do Homem e dá outras providências", ainda em estudo na Câmara (PL Nº 5.686/2009).

O Projeto de Lei nº 5.686/2009 prevê punição aos atos voltados a violência (física, moral, psicológica ou patrimonial) doméstica e familiar para o gênero masculino. A proposta também discute assistência à saúde pelo Sistema Único de Saúde, com atendimento prioritário e a realização de exames necessários, cirurgias e fornecer medicamento, quando dele precisar.

Segundo o Deputado, "não é desprezível o percentual de homens que sofreram ou sofrem calados, ao longo de vários anos, no recesso do lar, a violência psicológica, moral, patrimonial e corporal cometida por suas companheiras" (SENADO, 2013).

Diversas são as mudanças nas leis, que implicam em expectativas de avanços, mas a mentalidade dos responsáveis pelo seu cumprimento continua a mesma e os velhos costumes patriarcais se reeditam na prática cotidiana (SENADO, 2012).

Seria prudente aplicar benefícios a uma determinada classe e excluir outras pessoas que carecem de ajuda pela simples presunção de que se encontra em regularidade, ou acomodar-se, haja vista não existir o holofote midiático? Certo é que torna-se ilegítima e ineficaz ao desproteger determinado bem jurídico.

Alexandre de Moraes ao estabelecer as formas de diferenças serem conhecidas como não discriminatórias, preceitua:

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionais protegidos (MORAES, 2009, p. 37).

Existe uma razoável proporção em não abranger os outros gêneros que padecem de proteção? É errôneo estar em defesa exclusiva da mulher, vez que muitas delas agredem seus familiares.

Logo, é compatível a aplicação de tratamento diferenciado, mas somente quando diante de um fim razoavelmente proporcional ao objetivo que se pretende alcançar.

Estabelecer condições especiais e desproporcionais implica em condição que violam o objetivo de combate à violência. Usar da discriminação e da aplicação desproporcional para o combate da violência parece até ironia do que se visa dentro do Estado "Democrático" de Direito.

Além do erro de presunção em quem seja vulnerável, o Estado Brasileiro mostra-se despreparado em exercer mecanismos de combate à violência doméstica e familiar, haja vista que a atual Constituição Federal ao estabelecer proteção à família, utilizando-se de mecanismos ao combate da violência, somente tratou de efetivar tais mecanismos em 2006, com a vigência da Lei Maria da Penha, passados dezoito anos, mas mesmo assim ineficaz para a solução do problema.

Ademais, mesmo criando "mecanismos" para coibir a violência, o Estado também é falho para assegurar tais meios, a exemplo do sistema de saúde pública garantindo à vítima, que é precário, oferece condições inadequadas prejudiciais ao físico e psicológico da mulher.

Assim exemplifica o Dr. Osvaldo Emanuel, como longas filas de espera para atendimento, a escassez de especialistas que atuam na área, e ainda a falta de medicamentos necessários (2012).

É perceptível a existência de um simbolismo estatal que precisa ser corrigido, o qual dispõe de direitos, objetivos, garantias fundamentais, leis voltadas a proteger o ser humano, mas que tornam-se ineficaz por falta de fiscalização e aprimoramento nas ações. É necessário a existência de leis com regras a serem cumpridas por

todos, sem privilegiar gênero específico, mas antes se espera a conduta voltada a promover programas que influenciem positivamente no comportamento humano.

5.2 OFENSA À SOCIEDADE HOMOAFETIVA E A LACUNOSA PROTEÇÃO

É necessário fortificar a ideia de que novos setores de vulnerabilidade foram reconhecidos como decorrência de novos tempos, como o clamor para a proteção das opções sexuais que tramitam além dos sexos biológicos, como transgêneros (são aqueles que não aceitam seu sexo biológico, pois possui personalidade sexual diversa) e homossexuais (são aqueles que aceitam seu sexo biológico, mas relaciona-se com pessoas do mesmo sexo).

Como bem pontua Pedro Rui da Fontoura Porto,

O sistema jurídico – composto de estruturas axiológicas e institucionais – não pode ignorar a existência social de indivíduos transexuais que, diferentemente dos homossexuais, não se contentam com suas características anátomo-morfológicas e, para além de assumir um comportamento psicossocial próprio do gênero pelo qual autonomamente optaram, não raro, se submetem livremente à redefinição cirúrgica do fenótipo sexual;

O conceito social de gênero, por mais amplo do que sexo, permite advogar a aplicação da Lei Maria da Penha em prejuízo do agressor de um transexual. Pensar o contrário resultaria em solução discriminatória, que intensifica ou reascende, no plano legal, um preconceito que ainda existe no âmbito social, mas ao qual se busca dar combate (2014, p. 51).

A Lei nº 11.340/2006 além de não proteger aos homens, também não há proteção quando a vítima for de gênero natural masculino e com gênero social feminino, mas permite o inverso (gênero natural feminino com gênero social masculino).

O conceito de gênero natural, baseia-se na identidade de nascimento, conhecida como identidade externa, analisando as características físicas da pessoa. O gênero social corresponde ao comportamento do indivíduo perante a sociedade.

Diante do atual contexto social, o correto seria considerar o gênero social, mas a ótica legalista considera o gênero natural. Assim, além de fomentar a distorção social, é lacunosa tocante à aplicação constitucional na igualdade de gêneros.

Logo, pela leitura da lei que reconhece o gênero natural, o transgênero apenas poderá ser protegido pela Lei se houver alteração do registro civil, nada impede a concessão “extralegal”, como já ocorrido em Goiás, a juíza Ana Claudia Veloso Magalhães reconheceu a aplicação da Lei para um transexual, fundamentando pela não discriminação.

Segundo a juíza Ana Claudia Veloso Magalhães:

Embora não tenha havido alteração no seu registro civil, a vítima fora submetida a uma cirurgia de redesignação sexual há 17 anos, o que a torna pessoa do sexo feminino, no que tange ao seu “sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade;

Partindo da premissa de que o que não é proibido é permitido, do reconhecimento da união homoafetiva pelos tribunais e do conhecimento de que, no ordenamento jurídico, o que prevalece são os princípios constitucionais, entende-se que seria inconstitucional não proteger as lésbicas, os travestis e transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras;

Tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos a cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional (grifou-se);

Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais (MAGALHÃES, 2011).

Por oportuno, preconiza a Lei em seu artigo 2º, tocante a proteção ampla para a mulher: "Toda mulher, independentemente de orientação sexual (...)"; O artigo 5º, parágrafo único, dispõe que "as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

A Lei abrange apenas a lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio (DIAS, 2012).

A independência na orientação sexual é larga, deve ser interpretada favoravelmente e não como exclusão e indiferença.

O que se constata é que o modelo ideal da livre escolha, tocante a origem sexual sob a qual pertence o ser humano, encontra-se cada vez mais restrito e desrespeitado.

Sobre o avanço dos direitos homossexuais, Maria Berenice Dias, ao explicar sobre a criminalidade da homofobia, questionou:

Parece que sequer se atenta à Constituição Federal, que já em seu preâmbulo assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Também é consagrado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3^a, inc. IV): promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
[...]

Conclusão ,o Brasil é o país que registra o maior número de crimes homofóbicos. Uma triste realidade que todos insistem em não ver. Tanto é assim que não existem estatísticas oficiais.

[...]

Todos aqueles que acreditam que o Brasil é um estado livre e democrático precisam aderir. Afinal, o que se está buscando é garantir a todos os cidadãos o direito à liberdade, algo que é muito caro a todos nós (DIAS).

É notório o rompimento com o princípio da liberdade, sob o qual se desdobra em liberdade sexual, garantindo ao sujeito ser livre em suas escolhas.

A liberdade, como já mencionado em capítulos anteriores, encontra-se intimamente ligada à igualdade, ambos são inseparáveis, o que se pretende é que cada membro familiar seja livre em seu modo de viver.

“Aspira-se à liberdade dos jeitos de ser, requisito intrínseco para se chegar à igualdade” (BIANCHINI, 2013, p. 19).

Infelizmente, constata-se a predominância da desigualdade sexual, fomentando um longo histórico de discriminação negativa.

Não existe qualquer fundamento para que a Lei proteja à mulher, mas exclua as sociedades homoafetivas. Se a própria Constituição Federal protege a todas as formas de família, sem discriminação, prezando por uma sociedade justa e livre, como fundamentar sua aplicação muitas vezes considerando como analogia? É ilógico.

Existe um notório abuso aos direitos básicos dos membros familiares, como o direito a viver sem violência.

A Constituição Federal ao instaurar o regime democrático, preocupou-se em banir as discriminações, dando atenção aos princípios consagrados no âmbito familiar (a igualdade e liberdade).

Assim, a liberdade de escolher seu par ou entidade para construir sua família, deve ser respeitada.

“A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal” (CANUTO, Érica Verpícia de Oliveira, 2004, p.289).

“Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação hétero ou homossexual” (DIAS, 2010, p. 64).

Segundo Luiz Flávio Gomes questiona:

As medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo) (grifou-se).

Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc (grifou-se).

Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento).

Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito (GOMES, 2009, p.1).

Todavia, a proteção em âmbito familiar, pela lacuna legal que não discute o assunto, algumas decisões são favoráveis aplicando a analogia, como a exemplo da decisão do juiz Osmar de Aguiar Pacheco, da comarca do Rio Grande do Sul, que concedeu medida protetiva a um homem ameaçado por seu companheiro.

De acordo com o magistrado Osmar de Aguiar Pacheco,

A vedação constitucional de qualquer discriminação e mesmo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, obrigam que se reconheça a união homoafetiva como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação (PACHECO, 2011).

A questão bioética reside em eleger a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

No tocante às relações biológicas entre homens, mulheres e suas diferenças sociais de cada gênero, Pedro Rui da Fontoura Porto, analisa:

O ser humano nasce, e conforme características de sua genitália, será rotulado, já se aguardando dele um determinado comportamento, ao que se poderia denominar gênero;

Assim, a definição de gênero é um fenômeno muito mais social do que biológico e, conquanto não se possa negar que certas características biológicas possam influenciar no desenvolvimento dos papéis sociais – força física, emoções hormonais – parece certo que estas mesmas características não são determinantes, na medida em que a própria evolução histórica também modifica os papéis dos gêneros (2014, p. 52).

É relevante questionar se a Lei Maria da Penha, que visa proteger a família, mas que limita-se tão somente para com a mulher, considera a pessoa em relação a si próprio ou ao meio em que convive? Considerar as características biológicas, psicológicas e /ou perante o comportamento que apresenta em sociedade?

A dicotomia que rotula o sexo feminino e masculino já não possui mais eficácia diante da sociedade pós-moderna. Existe uma relativização dos papéis sociais resultantes das características individuais do homem, da mulher, incluindo a toda sociedade de gênero.

5.3 DO TRATAMENTO DESIGUAL

O tratamento diferenciado no que toca à aplicação material e processual penal para vítimas e autores da ação no mesmo âmbito doméstico, familiar e íntima de afeto, sustenta ainda mais o viés da inconstitucionalidade.

Um exemplo base, que inclusive já foi debatido em outros capítulos, mas sendo anteriormente especificando tão somente concernente à figura paterna, observa-se dessa vez o pai ou a mãe que violenta o filho e a filha, na violência contra a filha será aplicado as diretrizes da Lei Maria da Penha, independentemente da gravidade e do tipo de violência, mas na violência contra o filho, afasta-se a referida Lei, e inclusive, tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, poderá ser aplicado os dispositivos da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais), que permite determinados institutos despenalizadores.

No exemplo acima, é perceptível que o pai e a mãe, que atuam no polo agressor, possuem o mesmo comportamento (ambos praticam conduta delitiva), mas diferenciam-se no tratamento que receberão a depender de quem seja o sujeito passivo.

Se no exemplo, o pai e a mãe são identificados como “idênticos”, não possui lógica aplicar dispositivos diferentes para o polo passivo e ativo, gerando consequências diversas.

Vejamos ainda, o pai e a mãe que violentam a filha (maior e capaz), que inclusive não mora mais com seus pais, e o filho (menor, incapaz e que mora com

seus pais), é justo aplicar tratamento diferente, com maior proteção para a filha, maior e capaz, e tratame diferencial para o filho, menor, incapaz?

A proteção da referida Lei objetiva amparar a mulher que encontra-se em *status* de vulnerável, mas seria correto afirmar que o filho (do exemplo acima citado) não é vulnerável ou que a filha é muito mais vulnerável que o seu irmão?

Para Ana Carolina Garcia Costa e Luciana Perpétua Corrêa, trata-se de inconstitucionalidade que afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, intervenção mínima, dignidade da pessoa humana, liberdade individual, duração razoável do processo e o princípio da preservação da instituição familiar (2007, p. 267).

A Lei Maria da Penha trouxe consequência desproporcionais diante de seu caráter contrário à isonomia entre os sujeitos vítima e agressor.

Notório compreender que o Código Penal foi editado na década de quarenta, contexto que apresentava hábitos e costumes diferentes, quando algumas condutas eram consideradas *tabu*, "inadmissíveis" de serem aceitas. Todavia, com o decorrer do tempo, fora percebido a importância em proteger o homem conforme tramita sua evolução, passando a aceitar determinadas condutas que antes não eram permitidas, cabendo assim uma maior proteção legal. Cada vez mais o Código Penal vem seguindo ao tratamento igualitário entre os sexos, sem distinção.

A exemplo da correlação do Código Penal com o princípio da igualdade é a nova nomenclatura trazida pela Lei nº 12.015/2009 no "Título IV - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual", o qual previa a nomenclatura obsoleta de "Crimes Contra os Costumes", não mais em vigor, sob o qual acreditava que os atos presentes nos artigos, hoje vistos como crimes gravíssimos, violavam os "bons costumes".

O Direito Penal, mesmo atrelado ao princípio da legalidade, não pode tornar invisível a característica individual de cada ser humano e suas forma de vida.

Não pode negar autonomia e dignidade e, deste modo, paradoxalmente, reproduzindo um contexto de discriminação ao qual lhe compete inclusive reprimir (PORTO, Pedro Rui de Fontoura, 2014, p.56).

Os principais pontos importantes a serem destacados foram as mudanças que modificaram o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais.

5.3.1 Dos Aspectos Criminais Materiais e Processuais vigentes na Lei

Decorrente da Lei Maria da Penha, mudanças no Código Penal foram estabelecidas, apresentando um gravame no tratamento de gênero em âmbito doméstico, familiar e íntima de afeto.

Os artigos 41, 43 e 44, todos da Lei nº 11.340/2006, trouxeram significativas contribuições que agravam a pena do autor da conduta.

No Código Penal, o artigo 61, inciso II, recebeu a alínea 'f', que acresceu uma circunstância agravante da pena: "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica", atribuído pelo artigo 43, da Lei nº 11.340/2006.

Analisa Maria Berenice Dias, que não haverá agravante diante do crime de lesão corporal, haja vista que já constitui circunstância que qualifica o delito, impedindo o instituto do "bis in idem" (DIAS, 2012).

O artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, que versa a respeito da lesão corporal, recebeu do artigo 44 da referida Lei, o aumento da pena máxima (três anos) e a redução da pena mínima (três meses), quando praticado prevalecendo-se das relações domésticas. Antes da Lei o limite estabelecido era de seis meses a um ano.

Assim estabelece as redação do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal:

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

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Explica Maria Berenice Dias, que não houve alteração na redação normativa, permaneceu como crime de pena de detenção, cumprida em regime semiaberto ou aberto, conforme orienta o artigo 33, do Código Penal (2012).

Mas, com o aumento da pena máxima (três anos), desvincula-se dos Juizados Especiais Criminais, que apresenta como limite máximo o tempo de dois anos, conforme prevê o artigo 61, da Lei 9.099/95, reforçando o artigo 41, da Lei Maria da Penha, afastando expressamente da análise dos juizados.

A competência dos Juizados Especiais, estabelece que as infrações sejam de menor potencial ofensivo, sendo as contravenções penais – Decreto Lei nº 3.688/1941 - e crimes com pena de até dois anos.

Com o afastamento da competência dos juizados, os institutos despenalizadores também são inaplicáveis, como a conciliação, transação penal, a composição dos danos e o *sursi* processual.

Em ponto explicativo sobre os “despenalizadores”, a conciliação, é a composição civil dos danos, trata-se de forma extintiva de punibilidade; a transação penal, é a aplicação da pena alternativa, que após cumprida, extingue-se a punibilidade do agente; a suspensão condicional do processo, faz com que o processo fique suspenso em período de dois a quatro anos, o indivíduo passa por um período de prova, cumprindo determinadas obrigações, que após realizada, extingue-se a punibilidade; Exigência de representação para lesões corporais leves e lesões corporais culposas. No crime de lesão corporal leve ou culposa, a ação penal é pública condicionada à representação, a peça acusatória somente poderá ser oferecida se houver representação da vítima, diferentemente da lesão corporal leve ou culposa praticada no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois apresenta ação penal pública incondicionada à representação.

No que toca ao crime de Lesão Corporal:

Ainda que a Lei tenha vindo em benefício da mulher, o delito de lesão corporal qualificado pela violência doméstica tipifica-se independentemente do sexo do ofendido.

Tanto uma mulher como um homem podem ser vítimas do delito de lesão corporal qualificado pela violência doméstica.

O Código Penal não faz distinção quanto à identidade de gênero da vítima e nem à orientação sexual dos integrantes do núcleo familiar. Basta o fato de a agressão decorrer do vínculo familiar para configurar-se o delito na modalidade qualificada (DIAS, 2012, p. 76).

Para Ieda Maria Hermann, tanto em relação ao acusado, como em relação à vítima, “descondicionar a ação penal por crime de lesão corporal leve cometido em

situação de violência doméstica e familiar contra a mulher implica ofensa ao princípio constitucional da igualdade” (2012, p. 218).

Em relação ao agressor,

Quanto ao agressor, o tratamento desigual pode ser contestado. A exigência legal de representação a outras situações fáticas não contextualizadas no âmbito das relações domésticas e familiares, tais como brigas de bar ou de rua.

Já o agente que cometer o crime no âmbito familiar, incidindo no mesmo tipo penal, será criminalmente processado independentemente de representação da vítima, recebendo assim, tratamento desigual (HERMANN, 2012, p. 218).

A justificativa adotada para tal limitação, tramita diante do entendimento que a situação de violência vivida pela vítima de sexo feminino, por ser mais expressiva, merece o tratamento mais severo, atribuindo assim valor e desvalorizando aos gêneros.

Quanto à vítima,

A subtração do direito de representação implica verdadeira interdição de sua vontade, justamente quando a natureza do conflito onde ocorreu a conduta lesiva exige tratamento de inserção e valorização, inclusive em sede penal.

Enquanto pessoas vitimadas em situações conflituais bem menos complexas podem optar por representar ou não o agressor, atentas às próprias necessidades e conveniências, a mulher vitimada por condutas de violência doméstica e familiar se vê privada desse direito (HERMANN, 2012, p. 219).

Nota-se a valorização da vítima no processual penal, abordada pela Lei Maria da Penha, conforme previsão aos dispositivos legais elencados em sua redação, garantindo assistência judicial integral e especializada, inclusive em sede policial (artigos 27 e 28).

Nesse sentido, orienta Rogério Sanches Cunha, que quando diante do homem como vítima de lesão corporal, o agressor, independentemente do sexo, em face da pena máxima de três anos, não recebe aplicação dos Juizados Especiais Criminais (2007, p. 140).

Ainda em decorrência do artigo 44, da Lei Maria da Penha, o parágrafo 11, do artigo 129, do Código Penal (“§ 11 - Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência”), prevê uma majorante quando o crime for cometido contra portador de deficiência, mas derredor da violência doméstica.

Com a majorante prevista, alerta Leda Maria Hermann que o mais correto seria inseri-la pelo que dispõe o artigo 62, do Código Penal, que versa concernente as agravantes genéricas, assegurando assim proteção aos portadores de deficiência (2012).

A Lei Maria da Penha também tratou de readequar a Lei de Execução Penal, inserindo o parágrafo único ao artigo 152, que versa sobre o comparecimento a programa de recuperação e reeducação: “nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comportamento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Trata-se de dispositivo voltado à otimização da execução da pena de limitar o fim de semana, investindo na recuperação do agressor, obrigando-o a participar de programas de recuperação e reeducação, sendo descumprida a ordem judicial, a pena restritiva de direitos se transforma em privativa de liberdade (HERMANN, 2012).

Somente é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando a pena aplicada for inferior a quatro anos; quando não realizada mediante violência e grave ameaça; sendo o crime culposos o réu não reincidente em crime doloso; quando a substituição for suficiente, diante dos antecedentes, da culpabilidade, da personalidade, a conduta social (artigo 44, do Código Penal).

Há confusão doutrinária em compreender este dispositivo, pois não havendo violência doméstica, não seria possível a substituição da pena. "Como o próprio nome se refere, a violência faz parte da estrutura constitutiva do ato" (DIAS, 2012).

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos de prestação pecuniária de outra natureza é proibido pela Lei Maria da Penha, assim preconiza o artigo 17: “É vedada a aplicação de [...] penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”. Com a vedação fica evidente que o legislador afastou de uma vez por todas a possibilidade de "se comprar" a integridade da mulher.

Em relação à substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, não se encaixa nas diretrizes da Lei nº 11.340/06, pois nos casos de violência doméstica contra a mulher, o próprio nome já menciona a existência de

violência (requisito intrínseco), requisito que inadmite a substituição, mas a Lei Maria da Penha apresenta exceção:

A alteração na Lei de Execução Penal se destina exatamente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

[...]

A Lei Maria da Penha veio explicitamente abrir uma exceção à regra da lei penal.

[...]

Assim, em sede de violência doméstica, aplicada pena inferior a quatro anos, seja qual a forma da violência perpetrada contra a vítima, não há como impedir sua aplicação (DIAS, Maria Berenice, 2012, p. 81).

Diante da possibilidade da incidência de pena restritiva tocante a final de semana, o juiz poderá obrigar o réu ao comparecimento de programas de acompanhamento psicossocial.

A Lei também autoriza a substituição da pena privativa por medidas que não possuam conteúdo econômico, assim dispõe o artigo 17, da Lei Maria da Penha: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Segundo Berenice Dias, com a vedação da pena de cesta básica, o legislador ressaltou que a integridade da mulher não possui valor econômico e não pode ser trocada (2012).

Para Leda Maria Hermann,

As penas de natureza pecuniária ou financeira são impróprias para situações de violência doméstica e familiar, porquanto: transferem-se à família, quando o agressor é também o provedor do grupo familiar; não são resolutivas em relação ao conflito, porque o desconsideram, levando em conta, isoladamente, o episódio que originou o procedimento (2012, p. 171).

A suspensão do cumprimento da pena é autorizada pela Lei em análise, haja vista que o artigo 77, do Código Penal permite a suspensão que decorre da pena máxima em abstrato, que não pode ser superior a dois anos.

Estando presente os requisitos para a suspensão da pena, a presença do réu é obrigatória aos programas de recuperação, como já mencionado pelo artigo 152, da Lei de Execução Penal.

Estabelece o artigo 78, do Código Penal:

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984);
§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48) (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A Lei nº 11.340/06, não autoriza a suspensão condicional do processo, por impedimento expresso regido no artigo 41, afastando a competência dos Juizados Especiais Criminais, considerando a violência doméstica contra a mulher como crime de maior potencial ofensivo.

A Lei dos Juizados Especiais tem rito célere, procedimento sumaríssimo, apresenta como contravenção penal os delitos de menor potencial ofensivo: cuja pena máxima não seja superior a dois anos, para os delitos de lesão corporal leve e lesão culposa (Artigo 89, da Lei nº 9.099/95).

Por ser célere, em substituição ao inquérito policial, elabora-se o termo circunstanciado de ocorrência (TCO), por apresentar procedimento menos complexo, que será encaminhado ao juízo. Na audiência é possível a conciliação, e havendo a composição de danos extingue-se a punibilidade. Além do mais, apresenta natureza condicionada a representação da vítima. Podendo o Ministério Público propor transação penal ou suspensão condicional do processo, que por consequência extingue e afasta a reincidência (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2012).

Entretanto, quando a violência doméstica e familiar for desferida contra o sexo masculino, os benefícios, quais sejam: transação; composição de dano; suspensão condicional do processo, continuam válidos, já que a Lei trata tão somente da mulher como vítima.

Mesmo nos casos previstos no artigo 129, do Código Penal, parágrafo 9º e 11º, que versam apenas sobre a violência doméstica e familiar, sem designar o sexo da vítima, afasta-se os benefícios do juizado especial, pois a redação dada pelo artigo 41 específica a mulher como vítima.

Relembra Pedro Rui que o afastamento de tais benefícios adveio do movimento feminista, os quais alegavam que em determinadas ocasiões serem as mulheres eram obrigadas a conciliar. Afirma ainda, que o projeto original que fora

encaminhado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres não excluía o âmbito dos juizados especiais criminais (2014, p.59).

Ademais, o artigo 41 parece romper com o alegado pela Organização dos Estados Americanos, quando além de obrigar o Brasil pelo pagamento indenizatório em face de Maria da Penha, responsabilizando-o por negligência e omissão concernente ao vínculo doméstico e familiar, recomendou exercer algumas medidas, dentre elas: “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa reduzir o tempo processual” e “o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à gravidade e às consequências penais que gera” (*apud* SIRVINSKAS, Luís Paulo).

Em relação ao Código de Processo Penal, ocorreu apenas uma alteração. O artigo 42, da referida Lei, tratou de admitir mais uma hipótese de prisão preventiva prevista no artigo 313, inciso IV: "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".

Todavia, o inciso foi revogado pela Lei nº 12.403/2011, passando a vigor o inciso III, alterado pela Lei nº 11.340/2006: "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência". Pressupondo assim, que o juiz fixou medida protetiva para a vítima, a exemplo da cautelar de retirada do lar, para garantir a execução da medida protetiva.

Em que pese não seja admitida a prisão preventiva de ofício na fase inquisitorial, quando versar sobre violência doméstica é cabível, já que o artigo 20, da Lei admite:

Art. 20 - Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Assim, sendo lei especial, deve prevalecer sobre regra geral, também admitido no artigo 4º que protege à mulher violentada: "Na interpretação desta Lei,

serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".

Explica Maria Berenice que "a tendência" é não arbitrar fiança, pois além de não ser possível o cabimento de pena pecuniária, e sendo possível a prisão preventiva, mas que ainda divergem a doutrina sobre a possibilidade (2012).

Importante salientar que o impedimento de pena pecuniária não impede de serem aplicadas outras penas restritivas de direitos diante da substituição da pena privativa de liberdade, a exemplo de prestação de serviço à comunidade (artigo 43, Código Penal).

Permite-se ainda, a retratação da representação da vítima, quando manifestado o desejo antes do recebimento da denúncia, nos delitos que exigem a representação, devendo ser ratificada perante o juiz e o promotor de justiça, em audiência específica para a retratação.

"havendo renúncia, livra-se o agressor do processo criminal e ocorre a extinção da punibilidade. No entanto, seu nome não é excluído do cadastro mantido pelo Ministério Público" (DIAS, 2012, p. 105).

Outra questão de análise necessária são as figuras da coautoria, participação e comunicabilidade das circunstâncias vinculadas por parentesco e aquelas em contexto doméstico e de coabitação, elencados no parágrafo 9º, do artigo 129, do Código Penal, referentes ao crime de lesão corporal.

Prevê o artigo 30, do Código Penal, que as únicas hipóteses de comunicação das circunstâncias e condições de caráter pessoal, são as elementares do crime e que sejam de conhecimento do coautor e partícipe; O artigo 129, parágrafo 9º, também do Código Penal, orienta que se a lesão for praticada em face de "ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade".

Assim, a mulher que ajuda o homem a agredir sua "companheira", e tendo conhecimento das relações domésticas entre estes, também responde pelo delito do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, inclusive aplicando as restrições do artigo 41, que proíbe a competência dos Juizados Especiais Criminais quando diante de violência doméstica e familiar contra a mulher (HERMANN, 2012).

Mas, se a mulher (agressora) ignorar as relações específicas entre eles, incorre apenas pelo que dispõe o artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, podendo ainda usufruir os benefícios da lei nº 9.099/95 (HERMANN, 2012).

Quando diante de outros delitos, a exemplo da ameaça e dos crimes contra a dignidade sexual, não possuem a relação doméstica e familiar como elementares, mas sim como complemento, não sendo possível aplicar a Lei Maria da Penha (HERMANN, 2012).

Diante de toda a disparidade que distingue de forma gritante dos direitos de tratamento igualitário entre os gêneros, percebe-se um instituto totalmente simbólico e despreparado, que se desvia do caminho para uma sociedade justa, isonômica e democrática.

Infelizmente a óptica do simbolismo isonômico paira sobre a necessidade de limitação na conduta humana, seja para a melhoria social, referente às vítimas, mas também para melhorar a conduta do autor causador do ilícito.

Mesmo diante da ideologia imposta, o comodismo se entrelaça, tornando-se o principal fator da lacuna de proteção.

5.3.2 Da competência e atribuições em âmbito Policial

Em sede policial foram desenvolvidas Delegacias Especializadas para atender às Mulheres que sofrem de Violência Doméstica e Familiar (DEAMs), alcançando uma maior busca pelo atendimento e alargando a divulgação para a proteção e proibição de determinadas condutas.

Nota-se que, pelo incentivo para que mulheres que encontram-se nessas situações informem o ocorrido, em que pese exista impedimentos relacionados ao medo, sofrimento, angústia e outros por parte da vítima, existe uma divulgação positiva e coletiva em prol da mulher.

Entretanto, em relação ao sexo masculino e sociedade homoafetiva, não existe o atendimento específico, onde deveria existir também uma delegacia especial para a proteção da família que sofre violência por seus membros. E com isso, fomenta a diferença e afasta o reconhecimento da vulnerabilidade individual.

Enquanto existe um atrativo para a proteção da mulher, existe a distância para com os demais, sem a devida blindagem.

Há que se mencionar que além das delegacias, são existentes outras formas de defesa, como contatos para “disque denúncia”, núcleos de atendimento, NUDEM (Núcleo Especializado de promoção dos direitos da mulher), NEAM (Núcleo de atendimento especializado à mulher), materiais de divulgações e outros serviços.

Assim, a Lei Maria da Penha atribuiu algumas providências a serem realizadas pela autoridade policial:

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências (grifou-se):

I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Em que pese o inciso I garanta a proteção policial, a prática mostra-se incompetente, pois são insuficientes a quantidade policiais qualificados para a devida especialidade.

“Será viável providencie a polícia alguma estratégia de atendimento prioritário a mulheres em situação de risco, ao menos nos primeiros dias de um rompimento afetivo” (PORTO, 2014, p.87).

O inciso II, preocupa-se com a saúde física da vítima e realização de laudos legais, não mencionando a forma de violência ou o grau.

Em sede policial, o delegado quando necessário, terá de providenciar abrigo para a vítima, quando aceito por ela, para protegê-la, como impedimento para o início de violência ou agravamento de novas violências.

Pedro Rui menciona três requisitos ligados ao inciso III, são eles:

(a) que haja um abrigo ou local seguro disponível para albergar a mulher e, preferencialmente, seus dependentes também;

(b) que a mulher esteja realmente em situação de risco não apenas de vida, mas ao menos quanto à sua integridade física, o que se extrai das

informações por ela prestadas sobre a personalidade do agressor, seus antecedentes, seu acesso a armas, o conteúdo de suas ameaças etc.;

É bom lembrar quem está mais apto a predizer o risco é a própria mulher; sendo, portanto, bem razoável se dê consideração ao seu testemunho.

(c) que a mulher concorde em sair de casa e não prefira o afastamento do agressor, já que não pode o policial decidir retirá-la de casa contra sua vontade (2014, p. 88).

A existência de casas de abrigo feminino são desenvolvidas pelos entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), conforme estabelece o artigo 35 da Lei nº 11.340/2006.

Também é necessário a guarda dos pertences da ofendida, assim o inciso IV autoriza a guarda policial para acompanhar a vítima na retirada de seus pertences no local onde estiver, prevenindo desdobramentos mais graves.

O inciso V, encerra versando sobre os direitos conferidos pela Lei. A vítima deve ser informada sobre todos os seus direitos e serviços favoráveis.

Além das providências, alguns procedimentos são essenciais para o cumprimento da Lei. Assim, o artigo 12 elenca setes procedimentos:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

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

Os incisos constantes no artigo 12, da referida Lei, desdobram-se sob dois aspectos “a conclusão de inquérito policial e a elaboração do pedido da ofendida, direcionado ao juízo, para o deferimento de medidas protetivas de urgência” (PORTO, 2014, p. 95).

Ademais, é valioso salientar sobre o exame de corpo de delito no âmbito da elaboração inquisitorial, quando a infração deixar vestígios (artigo 158, do Código de Processo Penal). Assim dispõe o artigo 12, parágrafo 3º, da Lei Maria da Penha, admitindo como meio de prova os “laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde”.

Sobre o assunto, Pedro Rui, aponta duas correntes: A primeira corrente compreende que os “laudos ou prontuários médicos são suficientes para deferimento de medidas protetivas de urgência ou para o recebimento da denúncia, mas a condenação não prescinde do exame formal de corpo delito” (2014, p. 97); Assim, de acordo com Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que segue a primeira corrente: “Os laudos e prontuários médicos servirão ao oferecimento da inicial (denúncia ou queixa), porém não à condenação, que exigirá prova segura da materialidade, alcançada apenas com o exame de corpo de delito” (2007, p. 64); A segunda corrente considera apenas os laudos e prontuários médicos como suficientes, inclusive para a formação da sentença condenatória (PORTO, 2014, p. 98).

Prevê o inciso III sobre o prazo que a autoridade policial possui para remeter o expediente ao juiz, em prazo de quarenta e oito horas para a concessão de medidas protetivas de urgência.

As diretrizes em sede policial são determinadas como forma de proteger a mulher utilizando de procedimentos e providências específicas e detalhadas objetivando combater e prevenir a violência, em que pese a prática demonstre enorme diferença quando comparada ao discurso lido na letra da Lei.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- 1) A mulher deve ser protegida contra qualquer forma de violência no âmbito doméstico, familiar e íntima de afeto. A crítica permeia pela ausência de proteção aos outros membros familiares do sexo masculino e/ou sociedade homoafetiva.
- 2) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é considerada um marco histórico, apresentando dispositivos relevantes para a pessoa humana,

instaurando a igualdade entre o homem e a mulher, protegendo a família, sem qualquer discriminação.

- 3) Ante a vigência da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), muitas críticas desenvolveram-se com fundamento no rompimento da igualdade formal, desconsiderando os requisitos da *cláusula pétrea*, bem como, sob uma concepção distorcida da isonomia material, que ignora a característica provisória das ações afirmativas, estruturando a inconstitucionalidade da Lei.
- 4) É perceptível a redução da *cláusula pétrea*, desatrelada à exceção permitida (quando houver extrema gravidade nacional). As *cláusulas Pétreas* são limites ao poder de reforma da Constituição, proibindo alterações que provoquem a extinção ou diminuição dos direitos e garantias individuais (direito à vida, igualdade, liberdade, honra, e outros).
- 5) A corrente que considera a constitucionalidade da Lei, acredita que sua nascente estruturou-se da análise histórica que percorre o sexo feminino, da desproporcionalidade de suas ações, quando equiparadas àquelas masculinas, limitando à vulnerabilidade social da mulher, que permite a igualdade material.
- 6) A igualdade material, que fundamenta a validade da Lei Maria da Penha, liga-se às ações afirmativas, que apresenta por característica a limitação de tempo (provisória, temporária), pois objetiva aplicar a “desigualdade” para reverter a situação, não pode a desigualdade ser eterna.
- 7) Mas, a “sociedade” passou a ignorar o requisito temporal das ações afirmativas, utilizando-as de forma definitiva, sem limites.
- 8) Diante de um contexto turbulento foi edificada a Lei Maria da Penha, após diversas manifestações sociais. O “alarme” midiático deu destaque à situação que se passava pela então vítima de agressão, a senhora Maria da Penha Maia Fernandes, sob o qual o Estado ficou omissa durante muito tempo.
- 9) Para o Estado, se apoiar no clamor social e atender às suas necessidades foi o meio mais “célere” para agir, dando origem ao instrumento voltado para aquele fato vigente à época, restrito à mulher.
- 10) Na omissão do Estado Brasileiro, em responder à questão fática que se passava à época, a Organização dos Estados Americanos, obrigou o Estado Brasileiro ao pagamento indenizatório em face de Maria da Penha, responsabilizando-o por negligência. A OEA, inclusive, recomendou algumas

medidas a serem adotadas: (a)“simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa reduzir o tempo processual” e (b)“o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à gravidade e às consequências penais que gera”.

- 11) Nota-se que as recomendações propostas pela Organização dos Estados Americanos ao Ordenamento Brasileiro, não foram adotadas, pois ao invés de simplificar os procedimentos judiciais em prol da celeridade, seus dispositivos apresentam complexidade, que resulta na demora processual. Mais uma vez, sendo chamada a sociedade para suprir as falhas do Estado.
- 12) Ocorre que a Lei, dispõe de dispositivos com maior complexidade, desproporcional ao tratamento para vítimas e agressores, a exemplo do afastamento da competência dos Juizados Especiais Criminais, impedindo a aplicação dos institutos despenalizadores; Da natureza da ação no crime de lesão corporal; Agravantes; Majorantes; Alteração material e processual penal; Lei de Execuções Penais; Tratamento em âmbito policial; Apresenta ainda, um rol exemplificativo tocante à violência, incluindo a espécie “patrimonial”; e outros.
- 13) É importante que a sociedade rompa com a concepção do “super homem” e reconheça a vulnerabilidade de todos os gêneros, analisando a cada situação fática. É necessário fortificar a ideia de que novos setores de vulnerabilidade carecem de reconhecimento.
- 14) Cada ser humano possui suas diferenças. Assim, não é razoável igualar todos os homens ou igualar todas as mulheres, a análise tem que ser individual, a depender da gravidade a situação.
- 15) Certo é que, atribuir direitos a uns e retirá-los de outros, constitui ofensa à pessoa humana, pois não pode o legislador e aplicador da lei contrariar os anseios sociais, e presumir a vulnerabilidade exclusiva por parte da mulher.
- 16) Diante de toda a disparidade, percebe-se um instituto totalmente simbólico e despreparado, que se desvia de uma sociedade justa, isonômica e Democrática.
- 17) Mesmo diante da ideologia imposta, o comodismo se entrelaça, tornando-se o principal fator para a lacuna na segurança.

- 18) Nota-se que o Estado Brasileiro não se preocupou de fato em combater a violência doméstica e familiar, mas tão somente em dar uma resposta para a sociedade.
- 19) É preocupante e sombrio o futuro da sociedade, caso o caminho percorrido continue a se basear na ótica meramente efficientista, relativizando as garantias fundamentais e “atropelando” a Constituição Federal, resultando no retrocesso ao modelo ditatorial, adotando o discurso emergencial.
- 20) Como a lacuna pode ser suprida? A proatividade e a modificação do comportamento Estatal, pois somente modificando positivamente seu comportamento, é que poderá atender às pessoas corretamente.
- 21) Todavia, diante da precária atuação estatal e derredor da gritante massa que carece de ajuda, o meio mais rápido para atender a demanda, seria alterar a expressão “mulher” para “todos”, sem distinção de sexo, respeitando o princípio da igualdade.
- 22) Ou até mesmo valer-se em aprovar projetos voltados também para a proteção do homem e sua escolha sexual, visando assim tentar equilibrar as relações.
- 23) Em última instância, caso não seja produzida as devidas alterações, que mediante o instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal inviabilize a Lei nº 11.340/2006.

REFERÊNCIAS

- ABDALLA, Yasmin. Pioneiras de 2014: Conheça 12 mulheres que conquistaram prêmios e cargos inéditos. Disponível em: <<http://mdemulher.abril.com.br/bemestar/fotos/viver-bem/pioneiras-2014-conheca-mulheres-conquistaram-premios-cargos-ineditos-797964.shtml#13>>. Acesso em: 15/09/14;
- ALVES, Osvaldo Emanuel A. Violência doméstica: somente contra a mulher?.. Disponível em: <http://www.vozdabahia.com.br/index/colunas/id31420/violencia_domestica__somente_contra_a_mulher_>. Acesso em: 25/06/14;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993;
- BARBOSA, Rui. Comentários a Constituição federal brasileira, 2008;
- _____. Oração aos Moços. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoccos.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016;
- BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Direito de família e psicanálise. São Paulo: Imago, 2003;
- BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008;
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001;
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2004;
- BIANCHINI, Alice. Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2013;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 15º. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

BIZZOTTO, Alexandre. Inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 205;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional . 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562;

BRASIL, Portal. Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social. Disponível em:<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em: 10/02/16;

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3º.ed. Coimbra: *Almedina*, 1997;

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A contradição no regime de separação absoluta de bens. Revista Brasileira de Direito de Fam[ília, porto Alegre, IBDFAM, n. 26, p. 144-158, out-nov. 2004;

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol.2;

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologis. 6 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015;

CONJUR. Juízes se negam a aplicar a Lei Maria da Penha. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2011-fev-08/juizes-lei-maria-penha-feminista-violao-principio-igualdade>>. Acesso em: 22/09/14;

CORREIO. Grávida esfaqueia e mata marido em Caculé. Disponível em:<<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/gravida-esfaqueia-e-mata-marido-em-cacule/?cHash=4e3b451b493133e670e12e388fdb78ca>>. Acesso em: 08/10/15;

COSTA, Ana Carolina Garcia; CORRÊA, Luciana Perétua. Breves críticas e comentários à Lei 11.340/06 e inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da

Penha. De jure – Frevista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, p. 267, Belo Horizonte, Ministério Público, jan.-jun. 2007;

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional: direito à igualdade. 4ª. ed. rev. ampliada e atualizada. Salvador: *JusPODIWM*, 2010;

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica. Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

DAWKINS, Richard. O Gene Egoísta. Tradução de Geraldo H. Florsheim. Rio de Janeiro: Itatiaia, 2001;

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

_____. Manual de direito das famílias. 7 ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

_____. Uma questão de princípio. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

EBC. Mulheres conquistam 11% dos cargos disputados nas eleições. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/eleicoes-2014/2014/10/mulheres-conquistam-11-dos-cargos-disputados-nas-eleicoes>>. Acesso em: 12/10/14;

ESTROUGO, Mônica Guazzalli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). Direitos Fundamentais do direito e família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

FARIAIS; Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 4ª. Ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2012;

FEIX, Virginia. Das formas de violência contra a mulher – art. 7º. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi posso contar. 2ª. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012;

G1.GLOBO. Morte de Policial. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/08/corpo-encontrado-em-araucaria-e-de-policial-desaparecido-diz-advogado.html>>. Acesso em: 12/08/16;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Alimentos e direito penal: o abandono material. In: CACHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). Alimentos no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 295-324;

_____. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). Direito de família e o novo Código Civil. E. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio constitucional da Igualdade - O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

GOMES, Luiz Flávio. Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulher-e-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher%3E..>>. Acesso em: 20/08/14;

HAUER, Charlton Heslich. A Inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha e o Destino dessa Lei. Disponível em: <<http://sexoprivilegiado.blogspot.com.br/2013/03/a-inconstitucionalidade-da-lei-maria-da-penha-e-o-destino-dessa-lei.html>>. Acesso em: 03/08/14;

HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha Lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo. São Paulo: Servanda Editora, 2012;

HOBBS, Thomas. Leviatã. Editora: Martin Claret, 2008;

JESUS, Damásio de; SANTOS, Hermelino de Oliveira. A empregada doméstica e a Lei “Maria da Penha”. Disponível em: www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/13261-13262-1-PB.pdf. Acesso em: 10/01/2016;

JUNQUEIRA, Gustavo OCTAVIANO Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação Penal Especial. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

JURIS..Direito.Homoafetivo..Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris1004.pdf>>. Acesso em: 07/09/14;

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos EUA e no Brasil. Editora Livraria dos Advogados: 2007;

LARRAURI, Elena. Mulheres, Direito Penal e criminologia. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994;

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

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 96-97;

LOCKE, John. Ensaio sobre o entendimento humano. Editora Martins Fontes, 2012;

MELLO, Celso Antônio bandeira de. Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade. 3º. ed. 8ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2000;

_____. Curso de direito administrativo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

MISAKA, Marcelo Yukio. Violência doméstica e familiar contra a mulher: em busca do seu conceito. Juris Plenum. Caxias do Sul, 2007;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2012;

MOREIRA, Rene. Médica é presa por mandar cortar o pênis do noivo. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,medica-e-presa-por-mandar-cortar-o-penis-do-noivo,1148205>>. Acesso em: 08/10/14;

MOURA, Andrezza. Mulher mata marido e se entrega à polícia. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/1691438-mulher-mata-marido-e-se-entrega-a-policia>>. Acesso em: 25/06/16;

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1042;

_____. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Ed. RT, 2006;

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O assédio sexual na relação de emprego. 2º. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 33;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

_____. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro, São Paulo, Abril, 1993;

PIMENTEL, Silva. O monitoramento do Comitê CEDAW e a violência contra a mulher. In: Kato, Shelma Lombardi de. Manual de capacitação multidisciplinar. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2006;

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000;

PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16/02/16;

PLANALTO. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16/04/16;

PLANALTO. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16/02/16;

PLANALTO. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16/04/16;

PLANALTO. Lei nº 11.340, 07 de Agosto de 2006. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16/02/16;

PORTO, Pedro Rui Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. 3. ed. rev. atual e de acordo com a ADI 4424. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014;

QUEIROZ, Paulo. Honra Objetiva e Subjetiva. Disponível em:< <http://www.pauloqueiroz.net/honra-objetiva-e-subjetiva/>>. Acesso em: 16/04/15;

REPÓRTER. Juíza responde a dúvidas de internautas sobre violência doméstica. Disponível em:<<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2011/07/juizaresponde-duvidas-de-internautas-sobre-violencia-domestica.html>>. Acesso: 10/08/15;

RIBEIRO, Rui Ramos. Lei Maria da Penha. In: Kato, Shelma Lombardi de (coord.). Manual de capacitação multidisciplinar. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2006;

RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual. A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Editora: Martin Claret, 2007;

RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. Lei Maria da Penha. Lesão corporal leve. Natureza da ação penal. Com a palavra, o STJ. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 14, n. 2272, 20 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13536>>. Acesso em: 24/08/14;

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60;

SENADO..A Bahia e a violência contra mulheres. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20216%20PRINCIPAL.pdf>>. Acesso em: 02/07/14;

_____. Projeto prevê lei no estilo Maria da Penha para proteger homem agredido por mulher. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/projeto-preve-lei-no-estilo-maria-da-penha-para-proteger-homem-agredido-por-mulher>>. Acesso em: 02/07/14;

SEPPIR. Ações Afirmativas. Disponível em: < <http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas>>. Acesso em: 12 ago. 2016;

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito Constitucional. 4ª. ed. Rio de Janeiro: *LumenJuris*, 2009, p. 624;

SIMIONI, Fabiane; CRUZ, Rúbia Abs da. Da violência doméstica e familiar – art. 5º, In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

SIRVINSKAS, Luís Paulo. IBCCRIM: Aspectos polêmicos sobre a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9415>. Acesso em: 10/08/14;

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006. Curitiba: Juruá, 2007;

SPM. *A Lei Maria da Penha nos Tribunais Superiores*. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contras-as-mulheres/lei-maria-da-penha/4-3-a-lei-maria-da-penha-nos-tribunais-superiores_/>. Acesso em: 07/07/14;

STJ. CC 100.654-MG (2008/0247639-7), j. 25.03.2009, rel. Laurita Vaz. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/93360982/djsp-judicial-1a-instancia-capital-08-06-2015-pg-1447>>. Acesso em: 16/04/15;

STJ. Conflito de Competência nº 88.027-MG, relator Ministro Og Fernandes. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178372991/recurso-especial-resp-1465131-rj-2014-0164418-0>>. Acesso em: 16/04/15;

STJ. processo 201.103.873.908. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21355164/recurso-especial-resp-1239850-df-2011-0040849-0-stj/inteiro-teor-21355165>>. Acesso em: 16/04/15;

STJ. HC 172634 DF 2010/0087535-0, 5ª T., j. 06.03.2012, rel. Mina. Laurita Vaz. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21458845/habeas-corpus-hc-172634-df-2010-0087535-0-stj>>. Acesso em: 16/04/15;

STJ. REsp 1239850-DF, 16.02.2012, Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21355164/recurso-especial-resp-1239850-df-2011-0040849-0-stj/inteiro-teor-21355165>>. Acesso em: 16/04/15;

STF. ADC 19: dispositivos da Lei Maria da Pena são constitucionais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845%3E>>. Acesso em: 10/09/14;

____. Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Pena.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 10/09/14;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 7ª. ed. 4ª. triag. Salvador: *JusPODIVM*, 2012;

TJ. HC 115.857/MG, 6.ª Turma, Rel. Ministra JANE SILVA(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 02/02/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%28Rel.+Convocada+Min.+Jane+Silva%29+4>>. Acesso em: 16/04/15;

TJ. TJSC, CJ 2009.006461-6, j. 14.08.2009, 3ª. C. Crim., rel.Des. Roberto Lucas Pacheco. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Revista_viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf>. Acesso em: 16/04/15;

VELOSO, Zeno. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil. Belém: UNAMA, 2005;

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à Adequação de Sexo do Transexual. Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de fevereiro de 1996, nº. 3/96. p. 48;

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações Afirmativas. Revista Jurídica Consulex. Nº 163, de 31 de outubro de 2003. p.57;

ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2013.