



**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FRR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ANTÔNIO GENILSON PEREIRA DE LUCENA

**ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI “*MARIA
DA PENHA*”**

ANTÔNIO GENILSON PEREIRA DE LUCENA

ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI “*MARIA DA PENHA*”

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos – CESREI, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof^o. Ms. Valdeci Feliciano Gomes.

Campina Grande - PB
2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

L935a Lucena, Antônio Genilson Pereira de.

Aspectos da constitucionalidade da Lei Maria da Penha / Antônio Genilson Pereira de Lucena. – Campina Grande, 2012.

70 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes.

1. Violência Doméstica. 2. Lei Maria da Penha. 3. Constitucionalidade. I. Título.

CDU 342.726-055.2(043)

Antônio Genilson Pereira de Lucena

ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI “*MARIA DA PENHA*”

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos – CESREI, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof^o Ms. Valdeci Feliciano Gomes.

Monografia aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Rodrigo Araújo Reul

Prof^a. Esp. Yuzianni Rebeca de M.S.M. Coury

Prof^a. Ms. Olívia Maria Cardoso Gomes

Dedico esta monografia a todos que foram meus professores durante o curso de graduação, que contribuíram para minha formação científica proporcionando-me, direta ou indiretamente conhecimentos, destrezas, atitudes, valores e senso crítico, sem os quais não teria realizado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que me iluminou durante essa caminhada.

Agradeço de forma especial a minha esposa, Michela, que me deu força e coragem, me apoiando nos momentos difíceis. Quero agradecer a minha mãe, Josefa e aos meus filhos: Rodolfo, Rafaela, Aninha, Neto e Júnior, que embora não tivessem conhecimento, foram e são fonte inspiradora de meus sonhos e desta especial conquista.

Agradeço a todos os professores que me acompanharam durante toda a vida acadêmica, em especial ao professor Valdeci, orientador dedicado do presente trabalho.

*“Violência não é sinal de força,
a violência é sinal de desespero e fraqueza.”*

(Dalai Lama)

RESUMO

O problema da violência doméstica no Brasil ganhou reconhecimento público e entrou na agenda das políticas públicas do país a partir de 07 de agosto de 2006, por consequência da aprovação da Lei 11.340/06. Entretanto, a multiplicidade de medidas adotadas nesse curto espaço de tempo (seis anos) nos revela dificuldades e limites impostos por esse tipo específico de violência. Desta forma, o objetivo desse trabalho é avaliar de forma breve os principais desafios enfrentados durante o processo de legalização e institucionalização da Lei Maria da Penha no país, verificando os aspectos relacionados à sua constitucionalidade e à sua efetividade social no tocante aos princípios e limites impostos à lei penal. Serão analisados alguns aspectos da referida lei que causam polêmicas nas doutrinas e jurisprudências quanto a sua constitucionalidade. O primeiro ponto diz respeito à restrição feita pela lei de sua aplicabilidade apenas aos casos de violência contra a mulher, ensejando tratamento desigual aos demais membros do grupo doméstico ou familiar. No segundo ponto pode-se verificar a legitimidade do legislador federal para criar a previsão de acumulação pelas varas criminais de competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher até que sejam implantados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Finalizando, faz-se uma análise da previsão estabelecida pela lei, de que não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Frente a essas polêmicas situações pretendemos fazer uma reflexão sobre a real função do direito penal e sua atuação diante de conflitos domésticos e familiares no que se refere a constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Palavras-Chaves: Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The problem of domestic violence in Brazil has gained public recognition and entered the public policy agenda of the country. However, the multiplicity of measures adopted in that short space of time (six years) reveals the difficulties and limitations imposed by this particular type of violence. Thus, the objective of this study is to evaluate briefly the main challenges faced during the process of legalization and institutionalization of the Maria da Penha Law in the country, verifying aspects related to its constitutionality and its effectiveness with regard to social principles and limits of criminal law. We will analyze some aspects of the law that cause the doctrinal and jurisprudential polemics regarding its constitutionality. The first point concerns the restriction through the law of its applicability only to cases of violence against women, allowing for unequal treatment to other members of the household or family. The second point can verify the legitimacy of the federal legislature to create the prediction of accumulation by the criminal courts of civil and criminal jurisdiction to hear and judge cases arising from the practice of domestic and family violence against women until they are implanted the Courts of Violence domestic and Family against Women. Finally, it is an analysis of the forecast established by law, that does not apply to Law No. 9099, of September 26, 1995, for crimes committed with domestic and family violence against women, regardless of penalty. Faced with these situations polemics intend to reflect on the real function of criminal law and its actions before domestic conflicts and family regarding the constitutionality of the Maria da Penha Law.

Key-words: Domestic violence. Maria da Penha Law. Constitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TEORIAS DO DIREITO PENAL	15
2.1	FUNÇÕES DA LEI PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.2	A TEORIA CONTRATUALISTA DO <i>JUS PUNIENDI</i>	17
2.3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	19
2.4	PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....	24
2.4.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	24
2.4.2	Princípio da legalidade.....	26
2.4.3	Princípio da intervenção mínima.....	27
2.4.4	Princípio da insignificância.....	27
3	O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI	29
4	LEI MARIA DA PENHA	35
4.1	ASPECTOS GERAIS.....	35
4.2	ANÁLISE DA NORMA.....	38
4.3	ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA PREVISTAS NA LEI.....	42
4.4	O SUJEITO PASSIVO DA LEI MARIA DA PENHA: A MULHER.....	43
4.5	EVOLUÇÃO DAS FORMAS FAMILIARES	47
4.6	VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS	50
5	A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA	52
5.1	PRINCÍPIO DA IGUALDADE	57
5.2	ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.....	61
5.3	COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E A NÃO APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/95	63
6	METODOLOGIA	66
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
	REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência do processo evolutivo da humanidade surge a necessidade de associação como forma de preservação e subsistência da própria espécie, como consequência dessa relação, configurou-se a formação de conflitos comprometendo a convivência em grupo e colocando em risco a paz social.

É nesse momento de desordem e caos social que surge o direito penal, conjunto de normas jurídicas voltadas a fixação dos limites ao Poder Estatal, instituindo penas e as respectivas sanções e estabelecendo regras regulamentares à aplicação da pena¹.

Ressalta-se, porém, que a precípua função do direito penal, não é punir, reservando-se ao seu mister, a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para o convívio em sociedade.

A construção da ordem jurídica nacional passa por um sistema de hierarquização esquematizado em níveis de subordinação, em que as normas inferiores buscam fundamento de validade nas superiores, ao passo que, consagra-se a Constituição Federal como norma suprema, devendo as demais, com ela, estarem devidamente alinhadas e adequadas para que possam figurar no mundo jurídico e produzirem os efeitos desejados.

Na seara do Direito Penal tem-se como objetivo criar no Estado brasileiro, medidas que propiciem de maneira concreta o equilíbrio na relação de gênero (homem/mulher) eliminando ou minimizando o crescente índice de violência praticada contra a mulher. É com essa perspectiva de proteção aos direitos fundamentais e aos princípios Constitucionais, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, que surge no ordenamento jurídico brasileiro a lei 11.340/06, mais conhecida como “*Lei Maria da Penha*”.

Conceituada de várias formas de violência doméstica e familiar, a “*Lei Maria da Penha*” descreve as condutas caracterizadas como tais atos, estabelecendo as circunstâncias onde ocorre a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral contra a mulher.

Com relação à violência ocorrida no âmbito familiar, o legislador estendeu sua ocorrência não apenas a este ambiente, mas também às situações em que a vítima possui relação íntima de afeto com o agressor, não havendo necessidade de coabitação.

Com a edição e entrada no ordenamento desse importante mecanismo de defesa a favor das mulheres, emerge do seio social, questionamentos, críticas e debates quanto a sua aplicação pelos tribunais. A Constitucionalidade da lei e a legitimidade do Direito Penal para

¹ ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de. Sinopse de Direito Penal _ Parte Geral – 1ª Ed. CL EDIJUR – Leme – SP – Ed.2012.p.19.

tratar de assunto de foro íntimo, como o convívio familiar, é pauta de discussão e acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais.

Existem, entretanto, alguns aspectos pontuais da lei que merecem maior destaque e atenção dos operadores do direito. O primeiro com referência à restrição feita pela Lei em ser aplicada apenas aos casos de violência contra a mulher, propiciando tratamento desigual em relação aos demais membros do agrupamento familiar e doméstico.

O segundo ponto controvertido é a legitimidade do legislador federal para criar a previsão de acumulação das varas criminais de competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas provenientes da prática de violência doméstica e familiar em desfavor da mulher até implementação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

E o terceiro a ser verificado, diz respeito à previsão estabelecida pela lei, que não se aplica aos casos de violência doméstica, a Lei 9.099/95, (lei que regulamenta a competência dos Juizados Especiais) independentemente da gravidade da agressão e da pena cominada.

Em meio aos diversos questionamentos acima elencados, se faz necessário analisar se da realidade fática, emergem os verdadeiros propósitos para aplicação do Direito Penal no âmbito das relações intrafamiliares e se estão respeitados os preceitos constitucionais e com eles, se faz consonante a *Lei Maria da Penha*.

Objetiva-se ainda, analisar a função que exerce o Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando-se o princípio da intervenção mínima, segundo o qual, o Direito Penal aplica-se apenas quando existe ofensa a bem jurídico de maior relevância ao convívio social, resultando esse em grande prejuízo à vítima e a sociedade.

Importa verificar as limitações propostas pela lei tendo como referência ao pólo passivo da ação criminosa, confrontando-se com os princípios da isonomia, posto pelo imperativo da *Lei Maria da Penha*, ao negar a possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 aos casos que envolvam violência contra a mulher e legitimando na própria norma recém criada o acúmulo às varas criminais das competências cíveis e criminais em matéria de violência domiciliar no âmbito de suas relações.

O estudo aqui empreendido tem como objetivo detectar a amplitude da lei e a atuação do Poder Judiciário de modo que se possa fazer uma avaliação se estão sendo respeitados os princípios e normas Constitucionais, de forma a possibilitar o reconhecimento da Lei 11.340/2006 como Constitucional.

Frente a essa problemática analisa-se:

- a) A seara do Direito Penal é o meio mais correto e eficiente para a resolução dos conflitos no âmbito das relações domésticas e familiares?

- b) Qual o limite da razoabilidade para a descriminação realizada pela lei ao criminalizar apenas a violência praticada contra a mulher?
- c) Quais são os sujeitos passivos do crime?
- d) Qual a possibilidade da aplicação da lei em casos que o sujeito passivo seja do sexo masculino?
- e) É permitido no ordenamento jurídico brasileiro que lei ordinária possa afastar a aplicação de outra de mesmo nível sendo a segunda mais benéfica para o réu?

Diante de tudo isso, importa tecer alguns comentários acerca das normas penais no ordenamento jurídico brasileiro dando ênfase a sua contextualização histórica e sociológica.

O nosso ordenamento jurídico se subordina, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da lei Constitucional, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo. Neste quadro somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de inovar no direito já existente, isto é, de conferir de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, direitos e deveres a que todos devemos respeito.

A implementação de ações afirmativas e emergenciais reprime direitos, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, numa ofensa direta aos Princípios Constitucionais sem a devida intervenção do Ministério Público que dentre as prerrogativas de suas funções lhe cabe a fiscalização da lei.

A necessária e oportuna investigação da *Lei Maria da Penha*, repousa na verificação se esta se encontra em consonância com os Princípios Constitucionais, os quais atribui aos indivíduos e ao núcleo familiar, relevante importância, tendo em vista, a existência ou não, da violação de tais princípios. Imperativo por tanto, é a análise do Princípio da Supremacia e do controle de Constitucionalidade da lei maior.

A justificativa que se tem para análise do tema repousa no fato de ser uma questão que não suscita apenas discussões acadêmicas mais também questões de relevante aplicação prática no meio jurídico.

A temática abordada é dotada de uma série de nuances. Em um primeiro momento pode-se analisar a real função do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista ser este um instrumento de privação de liberdade do indivíduo, de modo que cabe a este ramo do direito encarregar-se das violações a bens jurídicos de extrema relevância. Sob essa perspectiva, importa questionar se o âmbito criminal é de fato o melhor para se tratar da violência doméstica e familiar, e em sendo afirmativa a resposta, qual a melhor forma de punir o agressor sem que se desestruture a família.

Em outro momento o tema mostra-se extremamente relevante, dadas as divergências de interpretações na aplicação da referida lei, sendo necessário delinear alguns aspectos relevantes acerca do sujeito passivo do delito.

A norma em apreço tem sido alvo de várias críticas relativas à sua constitucionalidade, razão pela qual, torna-se deveras importante a análise de alguns de seus artigos a luz de nossa Carta Constitucional. Não se devendo jamais olvidar da estrutura hierárquica kelseniana que rege o ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual, leis e atos normativos buscam seu fundamento de validade nas normas hierarquicamente superiores, sendo a Constituição a norma fundamental.

Com relação ao aspecto constitucional da norma é possível destacar três pontos controvertidos: a) A restrição realizada pela norma ao visar combater apenas a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem fazer menção aos demais indivíduos do grupo doméstico ou familiar; b) A legitimidade de uma lei ordinária federal para estabelecer a previsão de acumulação pelas varas criminais de competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher até que sejam implantados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, uma vez que os Estados são competentes para legislar sobre organização judiciária; c) A legitimidade de uma lei para afastar a previsão constitucional de competência dos juizados especiais para julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo ao dispor que não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, aplicando-se assim a norma mais gravosa ao réu.

Pode-se verificar o tema envolve uma série de aspectos importantes ao passo que diz respeito à constitucionalidade da norma penal, abordando assuntos relacionados aos princípios básicos de defesa do réu, bem como da necessidade do direito penal para regular a situação.

Objetiva-se com o presente estudo esboçar alguns conceitos sobre o estudo do Direito Penal, desenvolvendo-se as teorias doutrinárias sobre o ramo, bem como evidenciar a função das referidas normas no ordenamento jurídico, tendo em vista a inegável importância destes conceitos para aplicabilidade da Lei 11.340/2006.

Importa fazer a análise dos aspectos referentes à supremacia constitucional e o fenômeno do controle de constitucionalidade adotado pelo sistema normativo brasileiro, tema de suma importância na medida em que qualquer norma inserida neste sistema, para ser válida, necessita obedecer aos princípios e normas constitucionais.

A realização do presente trabalho tem por escopo analisar as nuances constitucionais presentes na lei Maria da Penha, avaliando o papel que o Direito Penal exerce no

ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o direito penal é a última *ratio* na resolução dos conflitos de interesse, devendo ser aplicado somente para casos em que a lesão ao bem jurídico é extremamente prejudicial ao convívio social.

Busca-se analisar as restrições impostas pela lei no que tange ao sujeito passivo do delito, frente ao princípio da isonomia, bem como aspectos relativos ao afastamento pela Lei Maria da Penha, da aplicação da lei 9.099/95 para os casos de violência contra a mulher e a legitimidade da mesma lei para determinar o acúmulo das varas criminais das competências cíveis e criminais em matéria de violência doméstica e familiar.

O estudo visa apontar o campo de abrangência da lei e a atuação do judiciário na busca pela delimitação do assunto com vistas a inferir se diante dos princípios e normas da Constituição Federal é passível de ser considerada constitucional.

2 TEORIAS DO DIREITO PENAL

Ao Direito Penal compete a proteção dos bens mais importantes e necessários à própria sobrevivência da sociedade, ou, nas palavras Luiz Regis Prado, citado por Greco², “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a comunidade”.

É com esse propósito, de proteção aos bens jurídicos extremamente valiosos, aqui entendidos, não do ponto de vista econômico, mas político, não podendo ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito que atua o Direito Penal.

Nesta senda, surge o Direito Penal como última forma de resolução de conflitos na busca constante e progressiva da razão, do respeito e da harmonia social. Sendo a utilização do Direito Penal o extremo na procura para se conquistar a paz no âmbito social, conferindo-lhe a ordem jurídica a possibilidade de tolher a liberdade dos indivíduos através da aplicação das penas, se faz necessário à fundamentação de tais prerrogativas, o que se objetiva com estudo das teorias que buscam explicar tal finalidade.

Neste capítulo será verificado o papel do Direito Penal frente ao Estado Democrático de Direito, a teoria a ele aplicada como forma de fundamentação ao direito de punir, assim como, o seu desenvolver histórico e os princípios que se amoldam ao objeto do presente estudo.

2.1 FUNÇÕES DA LEI PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As regras e princípios Constitucionais são os parâmetros das leis penais e delimitam o âmbito de sua aplicação. O Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estatuídos pela Constituição Federal, pois nela que se encontram os fundamentos de validade.

Desta forma, qualquer lei penal, em desacordo com as normas contidas no texto Constitucional, não goza de validade.

Ao Direito Penal, é reservado o controle social compreendida como a ordem que deve existir em detrimento da coletividade, embora a maioria não se envolva nas práticas criminosas, esse tem por escopo evitar, mediante a ameaça de imposição cogente de sanção na hipótese de ser lesado ou colocado em perigo bem jurídico. Outro viés do Direito Penal que se

² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012

desdobra, é redução ao mínimo possível de violência estatal, já que a imposição de pena, embora legítima, representa sempre uma agressão ao cidadão³

Destarte, deve-se buscar a incriminação de condutas somente nos casos estritamente necessários, em homenagem ao direito à liberdade constitucionalmente reservado a todas as pessoas.

Não deve o Direito Penal constituir-se em empecilho ao progresso, mas sim em ferramenta que auxilie a dinamizar a ordem social e promover as mudanças estruturais necessárias para evolução da humanidade.

No que concerne a função criadora ou configuradora dos costumes, tem esta, influência direta a existência da matéria penal aos valores éticos fundamentais de uma sociedade. Busca-se um efeito moralizador, almejando assegurar um mínimo de ética aplicado por toda a comunidade.

Sua atuação prática é indispensável, posto que, a lei penal desempenha função educativa em relação aos cidadãos, fomentando valores ético-sociais, mesmo no tocante a bens que ainda não tenham sido assumidos pela sociedade como fundamentais.

Entretanto, existem debates doutrinários acerca da legitimidade estatal em preceder tarefas educativas com o uso do Direito Penal, em face do radicalismo da intervenção punitiva. Segundo Cleber Masson, prevalece o entendimento de que pode sim o Estado educar os cidadãos, mas não com o emprego do Direito Penal, pois maturidade moral se alcança pela interação social e não pela estrutura autoritária da coerção⁴.

Ademais, caberia ao Direito Penal, além da função ético-social, a busca pela igualdade através de normas gerais, realçando-se a preocupação com a rigidez e a inflexibilidade das regras. Nesta contextualização a interpretação fora da visão literal do texto legal poderia ser considerada com subjetivismo, o que proporcionou o surgimento do positivismo jurídico como garantia do Estado de Direito.

De outra sorte, a igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei, com o tempo mostrou-se uma garantia inoportuna e insuficiente, embora todos estivessem submetidos ao império da mesma lei, de forma impessoal e genérica, essa, por não ter controle do conteúdo material, se tornaria injusta.

Por essa razão, afirma-se que o Brasil não é apenas um Estado de Direito, mas, Estado Democrático de Direito, não apenas por proclamar a igualdade entre todos os homens, mas,

³ MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. Parte Geral – vol 1 – 6ª ed.rev. atual.e ampl.Rio de Janeiro: Método, 2012. p.7.

⁴ Ibidem, p.10.

sobretudo por impor metas e deveres quanto à construção de uma sociedade conforme o artigo 3º, I a IV da Constituição Federal:

CF/88 – 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 marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Significa, portanto, não apenas aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas onde as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade

Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o Estado Democrático de Direito não é apenas aquele que formaliza e descreve um fato criminoso, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento de justiça, mas seleciona dentre todos os comportamentos humanos os mais lesivos a sociedade.

2.2 A TEORIA CONTRATUALISTA DO JUS PUNIENDI

Com a finalidade dar uma explicação coerente a origem e exclusividade do poder estatal e ao mesmo instante delinear este poder, surge, especialmente nos séculos XVII e XVIII, um grupo de filósofos que ficou conhecido como *contratualistas*.

Esse grupo de estudiosos apontou o Contrato Social, objetivando legitimar e justificar o poder detido em favor do Estado sob a construção e sustentação da tese, em que a liberdade é a regra e a privação desta a exceção.

A Norma Penal existe para proteger bens jurídicos delimitando as condutas nocivas à harmonia social. Sendo assim, a Norma Penal e liberdade são diametralmente antagônicas.

A teoria contratualista busca no Contrato Social o fundamento para o poder de punir estatal, visto que, de acordo com este, existe uma troca de interesses, registrada no pacto social entre o indivíduo e o Estado para que se conquiste as condições mínimas de sobrevivência.

Norberto Bobbio (apud Stanley)⁵ sistematiza o Contrato Social baseado em três temas fundamentais: “o ponto de partida (o estado de natureza), o ponto de chegada (o estado civil) e o meio através do qual ocorre a passagem de um para o outro (o contrato social)”.

Na visão contratualista, o indivíduo deve ser analisado previamente ao Estado, pois é este que o legitima como depositário fiel das liberdades individuais, tendo em vista que o homem é um ser dotado, originariamente, de liberdade incondicionada.

No estado primitivo os homens são donos de suas próprias razões podendo dispor de sua propriedade como assim entender, sem que seja necessária autorização alguma.

Portanto, o indivíduo era pleno detentor de sua liberdade podendo utilizá-la da maneira que lhe fosse mais conveniente, ao passo que, não precisava o mesmo de autorização para exercitá-la.

Em decorrência da limitação física, gerou-se, incerteza, insegurança e medo, chegando ao ponto de ser colocada em dúvida a própria manutenção da espécie.

Avaliando a situação em que se encontrava o homem no estado de natureza, percebe-se que o indivíduo, fora do contexto social e político, pode representar uma ameaça à convivência. Segundo Bobbio, citado por Stanley⁶, "o problema relevante para explicar a origem da vida social não é tanto se o estado de natureza é pacífico ou belicoso, mas se é um estado positivo ou negativo, (...) de tal ordem que não permite a sobrevivência e o desenvolvimento da humanidade”.

Nesse ínterim, percebe-se a necessidade que tem o homem de viver em grupo não se origina do estado de natureza, mas torna-se um produto da razão conjugada com um instinto de sobrevivência. Portanto, o homem natural visando a manutenção da espécie, passará a viver na sociedade civil ou política, entregando a ela sua liberdade e força através do contrato social.

É no Contrato Social, firmado pela vontade de conviver em grupo e objetivando a manutenção da espécie, inviável no estado de natureza, que o homem torna-se civil.

Percebe-se que no Contrato Social, de um lado, tem-se um acordo para associação vinculando vários indivíduos, cujo objetivo é a convivência em grupo, por outro lado, existe um acordo de subordinação que instaura o Poder Político e ao qual o indivíduo deve obediência. A manifestação de voluntariedade se mostra como fundamento de toda organização social, uma vez que indivíduos naturalmente livres e iguais se submetem a um

⁵ STANLEY, Botti Fernandes. <http://jus.com.br/Revista/Texto> – Da Fundamentação Racional do Jus Puniendi, acesso em: 22/11/2012.

⁶ Ibidem.

poder comum por meio de um acordo recíproco. E é por força desse ato puramente racional que se estabelece a vida em sociedade.

Desta forma, se o Estado é criado por autorização dos indivíduos, o poder emana do povo e não de predestinação mística. Como decorrência dessa autorização verifica-se desde já, uma determinada limitação no poder estatal, visto que, esse tem origem no indivíduo e existe para a sociedade. Sendo assim, da ideologia contratualista reflete-se formação da legitimidade e a limitação do poder do Estado.

Verifica-se, pois, que o Contrato Social não se limitou a uma simples reunião de pessoas em sociedade, mas transferiu direitos destas para o Estado, de forma que o homem passou do estado natural, para o civil, outorgando ao Estado, direitos, dentre esses, sua própria liberdade, da qual, o Estado passou a ser depositário.

No estado de natureza os indivíduos limitavam seu poder através do uso da força, com o pacto social, verifica-se a mudança para o estado civil, onde todos são iguais, instituindo-se a sociedade civil, onde a força foi transferida ao Estado conforme a vontade manifesta no Contrato Social.

Desta forma, depreende-se que o Direito Penal é outorgado pelos indivíduos ao Estado que tem a obrigação de proteger os bens jurídicos contra violações. Sendo, o Contrato Social o instrumento que atribuí ao Estado a defesa dos bens jurídicos na medida certa para o exercício da liberdade civil, exercendo o Estado o poder de punir para preservar os bens mais importantes à manutenção social.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

A história do Direito Penal⁷ passa necessariamente pela contextualização evolutiva da humanidade, visto que em épocas passadas não existiam leis que disciplinasse a conduta humana, como modernamente se verifica no Direito Penal.

Anteriormente o homem vivia de forma precária, estabelecido em pequenas aldeias, tribos e clãs, sem dispor de organização em forma de Estado, estrutura administrativa, legislativa ou judiciária.

Portanto, o Direito Penal, baseia-se nos costumes e tradições decorrentes daquele determinado povo.

⁷ HORTA, Ana Clécia Couto. Evolução História do Direito e Escolas Penais. Disponível em webartigos. Acesso em 22.nov.2012.

Neste período, não havendo disponibilidade do conhecimento científico, o homem vivia baseado na religiosidade, preso as crenças e superstições, que o envolviam de tal sorte, que um raio que caia do céu e o atingia ou uma doença que o acometia, eram considerados como punição divina, em face de um mal, eventualmente praticado.

Todavia, quando se tratava das relações interpessoais, o homem criou proibições, que quando desrespeitadas acarretaria severas punições, concretizando-se estas como o primeiro vínculo do Direito Penal.

A aplicação da pena, nada mais significava que vingança ou revide ao mal sofrido, geralmente desproporcional à ofensa e aplicada injustamente por ser extensiva a família do infrator.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt⁸, podem-se distinguir as diversas fases de evolução da vingança penal em vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Porém, essas fases não se sucedem através de uma ordem cronológica precisa. Verificando-se a utilização de uma e outra no mesmo período, por um determinado tempo, até firma-se o entendimento mais aceito.

Na fase da vingança privada, praticado um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social, que agiam sem proporção a ofensa, atingindo não só o ofensor, como todo o seu grupo. A falta de restrições quanto à proporcionalidade do revide à agressão, como também a vingança de sangue foi um dos períodos em que a vingança privada constituiu-se a mais utilizada forma de punição, adotada pelos povos primitivos.

Esse tipo de reação era considerada legítima, em decorrência de tratar-se de uma ação natural e instintiva, por isso, foi apenas uma realidade sociológica, não uma instituição jurídica. Porém, duas grandes regulamentações, refletiram a vingança privada: o Talião e a composição.

Embora se falasse normalmente em pena de Talião, esta não consistia verdadeiramente em pena, mas meio moderador, pelo qual proporcionava ao infrator o mal que este houvesse causado a vítima, na mesma plenitude.

O Talião (*olho por olho, dente por dente*) foi absolvido por vários documentos como: no Código de Hamurabi (Babilônia), no Exôdo (povo hebraico) e na Lei das Doze Tábuas (Roma), revelando-se um grande avanço na história do Direito Penal por limitar a abrangência da ação punitiva.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol.1 - Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

No Antigo Oriente religião e Direito, bem como, os preceitos religiosos e morais, tornavam-se leis em vigor, contextualização histórica em que se inicia a vingança divina. Neste período a punibilidade tinha como propósito acalmar a fúria dos deuses, em decorrência do mal praticado e punir o agressor de forma exemplar.

Os sacerdotes, encarregados de administrar a sanção penal como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça aplicando penas cruéis, severas, desumanas. A violência física era o principal instrumento usado como meio de intimidação.

Frente às transformações sociais e políticas surge nas comunidades a figura do chefe ou assembleia.

A punição deixa de ter uma conotação sacramental passando a ser considerada uma imposição do Poder Público que age em interesse da própria comunidade, iniciando-se assim, à vingança pública.

A partir de então, não mais era permitido, seja ao ofendido ou aos sacerdotes, aplicar a punição, cabendo apenas ao soberano a responsabilidade de fazê-lo, exercendo essa autoridade em nome de Deus.

Aplicava-se a pena de morte constantemente por motivos que hoje são considerados insignificantes. Costumava-se mutilar o condenado, confiscar seus bens, intensificando a pena até os familiares deste.

Mesmo que o grupo social daquele momento se encontrasse em uma situação de extrema falta de segurança jurídica, vislumbra-se um significativo avanço, em decorrência da pena não mais ser efetivada por terceiros, mas pelo estado.

Ultrapassado esta fase história do Direito Penal, ensejou uma nova era com o humanismo dos séculos XVII e XVIII permeados pela crescente importância da burguesia, classe social detentora de certo poder econômico, responsável pelo desenvolvimento do capitalismo, porém, havia um grave conflito de interesses entre os burgueses e a nobreza. Surgiu, então, um sistema de idéias que deu origem ao liberalismo burguês. Essas ideias ganharam destaque através do movimento cultural conhecido como Iluminismo ou Filosofia das Luzes.

Os iluministas eram bastante críticos em relação aos excessos impostos pela lei penal, defendiam que a pena fosse proporcional ao crime, levando em consideração as circunstâncias pessoais do infrator, seu grau de periculosidade e a capacidade de ser eficaz sobre o discernimento dos demais homens, sem, contudo, ser cruel pra o corpo do criminoso.

Os escritos de Montesquieu, Voltaire e Rousseau deram uma substancial contribuição ao advento do humanismo, é o início da extraordinária transformação liberal e humanista do Direito Penal.

Montesquieu escreveu "*O Espírito das Leis*", defendendo a separação dos três poderes do Estado. Voltaire tornou-se famoso pelas críticas ao clero católico, à intolerância religiosa e à prepotência dos poderosos. Rousseau foi célebre defensor da pequena burguesia e inspirador dos ideais da Revolução Francesa, foi autor de "*O Contrato Social*" e "*Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*".

Os iluministas, acima referenciados, com suas publicações, contribuíram para uma nova ideologia, influenciando até mesmo na aplicação da justiça: à arbitrariedade se contrapôs a razão, à determinação minuciosa dos delitos e das penas se pôs a fixação legal das condutas delitivas e das penas.

Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria, imbuído do sentimento iluminista, publicou em 1764 a obra "*Dei Delitti e Delle Pene*", que, posteriormente se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente.

Os princípios básicos desta obra firmaram a base do Direito Penal moderno, e muitos desses princípios foram adotados pela declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa. Segundo ele, deveria ser vedado ao magistrado aplicar penas não previstas em lei, pois esta era o instrumento legítimo para previsão de penas, tendo em vista que seria obra exclusiva do legislador ordinário, representante da sociedade ligada por um contrato social.

Já na segunda metade do século XVIII filósofos e juristas, influenciados pelos ideais iluministas, através de suas obras passam a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo valores como a liberdade do indivíduo e dignidade humana. Este movimento ficou conhecido como Período Clássico⁹.

O Período Clássico se dividiu em dois grandes períodos: a) Teórico-filosófico, marcado pela influência do Iluminismo, tendo como principal expoente Beccaria; b) Ético-jurídico, influenciado pela ética da retribuição, representada pela sanção penal, destacando-se Francesco Carrara.

Carrara defende a concepção do delito como ente jurídico, constituído pela força física, que seria o movimento corpóreo e dano causado pelo crime e uma força moral, ou seja, vontade livre e consciente do delinqüente.

⁹ CASTRO. Flávia Lages de Castro – História do Direito Geral e Brasil – 8ª ed. 3ª tiragem – Editora Lumen Juris – Rio de Janeiro, 2011.p.85.

Para ele, a pena não é mais do que a sanção do preceito ditado pela lei eterna: a qual sempre visa à conservação da humanidade e à tutela dos seus direitos, sempre procede da norma do justo: sempre corresponde aos sentimentos da consciência universal.

No contexto do acelerado desenvolvimento das ciências sociais surge, no final do século XIX, a Escola Positiva. Esta escola opôs ao individualismo clássico a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinquente.

César Lombroso deu novos rumos do Direito Penal após o período humanitário, através do estudo do delinquente e a explicação causal do delito. O ponto central defendido pelo autor é a consideração do delito como fenômeno biológico e o uso do método experimental para estudá-lo.

Lombroso foi o criador da "*Antropologia Criminal*". A seu lado surgem Ferri, com a "*Sociologia Criminal*", e Garofalo, no campo jurídico, com sua obra "*Criminologia*", podendo os três ser considerados os fundadores da Escola positiva.

Lombroso sustenta a existência de um criminoso nato, caracterizado por estigmas somato-psíquicos e cujo destino indeclinável era delinquir, sempre que determinadas condições ambientais se apresentassem. Acrescenta que, o criminoso nato teria assimetria de rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, irregularidades nos dedos e nos mamilos, etc.

A pesar de influenciado pelo pensamento de Lombroso, Henrique Ferri, ressaltou a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Diferente de seu precursor entendia que a maioria dos delinquentes era readaptável, motivo que o faz assumir uma postura diversa em relação à recuperação do criminoso.

Ícone no estudo das ciências penais, Rafael Garofalo, o primeiro a usar a denominação "criminologia" para as Ciências Penais, fez estudos sobre o delito, o delinquente e a pena.

Sustentava que a pena não tem um fim exclusivamente retributivo, mas também uma finalidade de proteção social que se realiza através dos meios de correção, intimidação ou eliminação.

Entretanto, o positivismo foi considerado deficiente para estabelecer as relações necessárias entre o Direito Penal e a sociedade, surgindo o Neokantismo como superação daquele ao demonstrar que toda realidade traz um valor cultural pré-estabelecido e que as normas jurídicas, como produto cultural que são não estão alheias a este.

Em seguida, o Finalismo, capitaneado por Welzel, ajuda na formação da teoria do Direito Penal ao retirar os elementos subjetivos que integram a culpabilidade, levando o dolo e a culpa para o injusto. Por outro lado, Roxin, na segunda metade do século XX, opõe ao

finalismo um normativismo funcionalista, desvinculando o fundamento da dogmática de exigências ontológicas para baseá-las em decisões político-criminais, fundamentando o sistema penal em caracteres teológicos e axiológicos.

Pode-se notar que a evolução humana efetivou-se em várias fases com ela o Direito Penal.

2.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo, citado por Masson¹⁰:

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

É relevante destacar alguns dos princípios que norteiam o direito penal para se contextualizar a constitucionalidade e o campo de atuação da Lei Maria da Penha.

2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O respeito à dignidade da pessoa humana funda-se em duas vertentes jurídicas, destinada ao indivíduo. A primeira em relação à proteção individual, do Estado e dos demais. A segunda com a garantia fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Segundo os ensinamentos de Paulo¹¹:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tão pouco, no próprio Estado, mas sim na pessoa humana. São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem.

Nota-se, que estar consagrado na Constituição Federal a valorização ao ser humano na medida em que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em razão deste, de modo que toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de ser considerada inconstitucional ao violar a dignidade da pessoa humana.

¹⁰ MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado _ Parte Geral – vol 1 – 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 21.

¹¹ PAULO, Vicente, 1968 – Direito Constitucional descomplicado/Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino – 9.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

Este princípio torna-se então não somente um imperativo na relação interpessoal, mas também um paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

Segundo Alexandre de Moraes¹²:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Na seara criminal visa-se garantir que o Estado, ao manejar o *jus puniendi* em prol da restauração da paz social, atue de modo a não se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado da prática de crime. Por mais reprovável que tenha sido a ação delituosa, não há como se justificar que seja o seu autor privado de tratamento digno.

A Constituição Federal de 1988, no rol de direitos individuais do seu artigo 5º, trouxe a lume importantes exigências que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, há de observar, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, podemos verificar no referido dispositivo, garantias inerentes à: a) vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (inciso III), assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); b) observância do devido processo legal (inciso LIV) com todos os seus consectários, entre os quais o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), o julgamento por autoridade competente (inciso LIII), a não admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI), a proscrição de júzos ou tribunais de exceção (inciso XXXVII) e a consideração de que ninguém será reputado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVII); c) legitimidade material do direito de punir, tais como a reserva legal da definição de crimes e cominação de penas (inciso XXXIX), a individualização destas na medida da culpabilidade do infrator (incisos XLV e XLVI), a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (inciso XLVII); d) movimentação da competência prisional (incisos LXI a LXVI e LXVIII); e) execução da pena (incisos XLVIII e L).

Os preceitos acima elencados servem para ilustrar a grande preocupação dispensada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de impedir que a atividade punitiva do

¹² MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 128.

Estado, manifestada sob o propósito de resguardar a segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo.

2.4.2 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade surge da necessidade de se estabelecer na sociedade humana regras capazes de proteger os indivíduos de possíveis ações imprevisíveis e arbitrárias do poder estatal. Tem-se em vista alcança um estado geral de confiança na ação dos titulares do Poder, evitando-se assim, a dúvida, a intranquilidade e desconfiança, comum onde o poder é absoluto, pautado na vontade pessoa do soberano.

Com precisão preceitua Paulo de Sousa Queiroz, citado por Greco¹³:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.

Na seara do Direito Penal, o qual vai lidar com a liberdade do cidadão, o que temos é a legalidade como uma referência fundamental. O rigor na aplicação do princípio da legalidade é absolutamente indispensável devido ao fato de que o Estado está autorizado a tomar liberdade individual, a retirar o indivíduo do convívio social.

Somente se pode pensar em crime se o fato for típico, se a conduta humana corresponder ao preceito normativo, ao que estiver definido em lei de modo que firma-se a máxima de que não há nenhum crime e nenhuma pena sem lei prévia que os defina. Essa máxima filosófica do Direito Penal está presente no inciso XXXIX do artigo 5º, da Constituição Federal¹⁴ no qual se consagra o princípio da legalidade propriamente dito e no artigo 1º do Código Penal¹⁵ em que se funda o princípio da anterioridade da lei penal.

Somente ao Estado está reservada a possibilidade de, criando leis, criar, juridicamente, crimes. Porém, na criação destes deve ser observado o princípio da taxatividade legal, segundo o qual, os tipos devem ser os mais claros e específicos possíveis, de maneira a possibilitar uma clara distinção dos limites do lícito e do ilícito, devendo-se evitar tipos genéricos, ambíguos, que ampliem demasiadamente os poderes de definição de sentidos do Judiciário. Isto porque o indivíduo, ao agir no exercício de sua liberdade, tem que ter clareza sobre o que pode ou não estar violando.

¹³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p.97

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 5º - XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹⁵ Código Penal - Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

2.4.3 Princípio da Intervenção Mínima

O Direito penal só deve preocupa-se com a proteção dos bens mais relevantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez que através dele o Estado detém a legitimidade para privar o cidadão de sua liberdade, deve ser utilizado apenas quando for absolutamente indispensável. Ou seja, a intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais deve ser mínima.

Segundo Greco¹⁶ o princípio da intervenção mínima, ou última *ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização.

A fragmentariedade e a subsidiariedade são duas características do Direito Penal que se relacionam com o princípio da intervenção mínima. De acordo com o mencionado penalista¹⁷:

Como corolário do princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofenderam, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim a sua natureza fragmentária.

Sendo assim, não cabe ao direito penal sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas somente as condutas mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais relevantes.

Em relação à subsidiariedade, a atuação penal interviria quando não bastasse a atuação de outra área jurídica sobre a potencial violação de direitos regulada.

Importante frisar que a definição daquilo que é ou deixa de ser crime trata-se sempre de uma opção política e cultural de quem detém o poder estatal de legislar, em face de um conjunto de circunstâncias histórico-sociais.

2.4.4 Princípio da Insignificância

De acordo com esse princípio, sem previsão legal no Brasil, inexistente legitimidade na imposição da pena nas possibilidades em que, mesmo caracterizada a infração penal, a aplicação da pena desponta desnecessária e inoportuna.

¹⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.p.47

¹⁷. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.p.60

Sendo assim, a infração de bagatela surge como relevante para o direito penal, apresenta desvalor da conduta e do resultado. O fato típico e ilícito é dotado de culpabilidade e o Estado tem o direito de punir.

Mas, após a prática do fato criminoso, a pena revela-se incabível no caso concreto, pois diversos fatores recomendam o seu afastamento. A título de exemplo pode-se citar: sujeito com personalidade ajustada ao convívio social (primário sem antecedentes), colaborando com a justiça, reparando o dano causado á vítima, etc.

A análise da pertinência da bagatela há de ser realizada obrigatoriamente, na situação fática, e jamais no plano abstrato. Neste contexto, o fato real deve ser confrontado com o princípio basilar do Direito Penal, qual seja, a necessidade da pena, consagrada no artigo 59, caput do Código Penal¹⁸.

A título de exemplo, consideremos a situação o hipotética em que “A” comete o crime de furto privilegiado (art. 155 § 2º)¹⁹. Dois anos depois do fato, sem ter ainda se verificado a prescrição, nota-se que ele não apresentou nenhum outro deslize em seu comportamento, razão pela qual a pena quiçá revele-se prescindível para atender às finalidades do Direito Penal.

Modo pelo qual, a conduta do indivíduo gerou um dano absolutamente irrelevante ou insignificante ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora será possível apurar-se a exclusão da tipicidade material, de maneira que, diante de tal situação, o fato pode se tornar atípico - não havendo crime, portanto.

O princípio em estudo vem corroborar a idéia de que a esfera penal deve ser resguardada para situações que afetem de maneira grave as relações sociais.

Lógico que existem outros princípios que norteiam a ciência do Direito Penal, mas estes são suficientes para fins de fundamentação da conclusão do presente trabalho e delimitação do tema, motivo pelo qual, não se aprofundará aos demais sob pena de desvio de objetivo.

¹⁸ Código Penal – Caput art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como, ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

¹⁹ Código Penal – Art. 155 § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir à pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um terço a dos terços, ou aplicar somente a pena de multa.

3 O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

Como consequência do princípio da supremacia e da rigidez constitucional, bem como, em respeito às garantias dos direitos fundamentais desponta a necessidade de se criar mecanismos capazes de verificar a adequação entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais.

Habitualmente o modelo de produção das normas infraconstitucionais são delineados e determinados pela própria Constituição Federal, inserindo-se ao ordenamento jurídico em perfeita harmonia com as regras de competência e procedimento. Desta maneira, caso a lei ou ato normativo seja elaborado contrariando o processo previsto na Constituição, será considerado inconstitucional, tendo-se caracterizado o vício formal, decorrente da inobservância do devido processo legislativo¹⁸.

Entretanto, caso esteja em conformidade com o procedimento previsto, confrontando-se com o conteúdo pré-estabelecido constitucionalmente, o vício será material.

Portanto, o controle da constitucionalidade normativa é fundamentado na necessidade de compatibilidade com a norma hierarquicamente superior e de grau mais elevado, a Constituição Federal.

Assim ensina Augusto Zimmermann¹⁹:

Por controle de constitucionalidade, portanto, deve-se verificar a adequação de um ato jurídico à Constituição. Envolve tanto a verificação de constitucionalidade dos requisitos formais subjetivos (como a competência do órgão editor) e objetivos (como a forma, os prazos, os ritos utilizados em sua edição), quanto dos requisitos materiais ou substanciais (que dizem respeito aos direitos e garantias inseridos na Constituição), do ato normativo infraconstitucional.

Em nosso País existem diversas formas de controle de constitucionalidade, tendo por objetivo a proteção e preservação do texto Constitucional em choque com a demais normas.

A constitucionalidade da norma pode ser realizado antes da sua entrada no mundo jurídico (controle preventivo: efetuado pelas comissões de constituição e justiça das duas Casas do Congresso Nacional, ou pelo veto jurídico presidencial), evitando assim, que norma com vício de constitucionalidade, formal ou material, adentre ao ordenamento jurídico, ou

¹⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

¹⁹ ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 559.

pode ocorrer posteriormente (controle repressivo: efetuado pelo Poder Judiciário), pelo qual verifica-se a retirada da norma viciada em confronto com a norma suprema²⁰.

O controle preventivo tem por base legal o artigo 58 da própria Constituição Federal²¹, que estabelece a criação de comissões constituídas na forma e com finalidades elencadas nos respectivos Regimentos das Casas do Congresso Nacional²².

O veto jurídico tem previsão legal no parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal²³, o qual atribui ao Presidente da República o poder de vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional caso o entendimento seja pela inconstitucionalidade.

Ademais, tem-se ainda como forma de controle político preventivo o previsto no art. 60, § 4º da Constituição Federal²⁴, que determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir as chamadas cláusulas pétreas.

O Legislador constituinte veda o próprio processo legislativo impossibilitando a deliberação de matérias previamente consideradas como inconstitucionais. Todavia, não admitido o controle abstrato do projeto através de ação direta de inconstitucionalidade, faz o controle de lei em tese para assegurar a supremacia da Constituição, já que a própria Constituição Federal brasileira exige lei ou ato normativo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Normalmente o controle de constitucionalidade é efetuado pelo Poder Judiciário, mas, a Constituição Federal brasileira prevê duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo é feito pelo próprio Congresso Nacional, podendo o Poder Legislativo efetuar a retirada das normas viciadas do ordenamento jurídico.

Preceitua o artigo 49, V da Constituição Federal²⁵ que compete ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exceder o poder regulamentar ou os limites

²⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 257

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

²² De acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (vide Res. Da CDn. 20, de 2004 – DCD, de 18.03.2004, Suplemento, p. 3, enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, de acordo com o art 101 de seu Regimento Interno.

²³ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 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.

da delegação legislativa, editando um decreto legislativo sustando o decreto presidencial ou a lei delegada.

Ao vetar uma medida provisória editada pelo Presidente da República, que já tenha sido inserido ao ordenamento jurídico com força de lei, com base na inconstitucionalidade verificada pela comissão mista, o Congresso Nacional também exerce o controle de constitucionalidade repressivo²⁶.

O Judiciário brasileiro, conforme disposições constitucionais, exerce o seu poder de controle repressivo das normas por dois meios: controle difuso ou concentrado.

O controle difuso, exceção ou defesa, pode ser realizado por todo o Judiciário, independentemente de instância, juiz ou tribunal realizando no caso concreto a análise referente a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

O controle concreto é o efetuado no contexto de um processo judicial em que haja conflito de interesses (*lide*), conforme explica Vicente Paulo²⁷:

Na discussão de um relação jurídica qualquer, submetida à apreciação do Poder Judiciário, suscita-se a dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo relacionado com a *lide*. Surge, então, a necessidade de o Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade de tal ato normativo para proferir a decisão no processo. Ao apreciar a questão constitucional, como antecedente necessário e indispensável ao julgamento do mérito do caso em exame, o juiz ou tribunal estará realizando o denominado controle difuso.

Sendo assim, o controle difuso nos processos judiciais são considerados como incidentais, caracterizando-se assim, em virtude da observação da constitucionalidade da norma não ser objeto da decisão, configurando-se como meio para resolução do conflito de interesses. O posicionamento em relação à constitucionalidade não consta do dispositivo da sentença, não ensejando coisa julgada, apenas faz parte da fundamentação. O controle incidental ou exceção, não é apenas o réu que pode questionar a constitucionalidade de uma norma.

Esclarece Vicente Paulo²⁸:

O controle é também denominado: incidental, *Incidenter tantum*, por via de exceção, por via de defesa, concreto ou indireto. Toda essas designações remetem ao fato de que, no controle difuso, a controvérsia sobre a constitucionalidade representa uma questão acessória (um incidente) a decidir , surgida no curso de uma demanda judicial que tem como objetivo principal o reconhecimento ou a proteção de um direito alegado em um caso concreto.

²⁵ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

²⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.261

²⁷ PAULO, Vicente, 1968 – Direito Constitucional descomplicado – 9 ed. – Rio de Janeiro: MÉTODO: 2012. p.795

Logo, segundo Zimmermann²⁹, independente de instância, ao entender pela inconstitucionalidade da norma deve o juiz deixar de aplicá-la em determinado litígio. O doutrinador continua dizendo que o juiz julgará, pois incidentalmente a questão, de modo a desprezar a norma entendida como inconstitucional, em virtude de contrariar alguma norma ou princípio Constitucional.

Assim, tendo em vista o controle difuso, todos os juízes podem reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei de ofício, pois se trata de questão de ordem pública, sendo os efeitos da decisão sobre a constitucionalidade da lei restrita às partes do processo, não acarretando seus efeitos coisa julgada em relação à constitucionalidade, visto que, não faz parte do dispositivo, apenas da fundamentação³⁰.

Em relação ao controle concentrado este só poderá ser exercido por um único órgão, a Corte Constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal³¹.

O controle abstrato é realizado à margem de qualquer disputa subjetiva. A análise da constitucionalidade de ato normativo é marcada pela generalidade, impessoalidade e objeto da ação é a decisão versa sobre a constitucionalidade da lei.

Através do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato o Supremo Tribunal Federal verifica a compatibilidade da norma jurídica às regras da Constituição, independentemente de questionamento em caso concreto.

Como características gerais do controle abstrato temos que, o seu objetivo não é a tutela de direitos, apenas proteger e manter a supremacia da constituição e do ordenamento jurídico. Existe um processo objetivo, porém na gira em torno de interesses pessoais, mas em defesa da ordem pública e a garantia das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais³².

Diante disso, ocorrem as seguintes conseqüências: não se admite desistência ou renúncia, pois não há um direito sendo defendido; iniciada a ação, quem a ajuizou perde a disponibilidade sobre ela, pois não está protegendo um direito próprio, mas garantindo-se a

²⁹ ZIMMERMANN. Op. Cit. p. 583.

³⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.274.

³¹ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

³² LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.278.

supremacia da Constituição Federal; se a lei for revogada, a ação perde o objeto ainda que a lei tenha produzido efeitos, pois o objetivo não é a proteção de direitos e quem tiver sido lesado deve recorrer a outras ações.

O Supremo Tribunal Federal não admitia a intervenção de terceiros³³, pois o objeto da ação direta de inconstitucionalidade não é a garantia de direitos e interesses individuais concebidos, tão pouco, admitia o litisconsórcio ativo ou passivo³⁴, entretanto, esse entendimento foi modificado em consideração ao art. 7º § 2º da Lei 9868/99³⁵ ao permitir o ingresso de entidade representativa adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade³⁶.

Com relação à eficácia da decisão em controle abstrato ressalta-se que a decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo em controle abstrato importa, em princípio, em sua invalidação retroativa e para todos. A norma impugnada é retirada do ordenamento como se nunca tivesse existido³⁷.

Através do controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional retira-se do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo a aplicação do art. 52, X da Constituição Federal³⁸, que permanece somente para a utilização no controle difuso, conforme ressalta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves³⁹:

Entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é erga omnes e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com transito em julgado do aresto desta Corte.

³³ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - art. 169, § 2º. No mesmo sentido, o art. 7º da lei nº 9868/99.

³⁴ Em relação ao ativo: RTJ 82/44; 87/5. No tocante ao passivo: STF – ADIn nº 1512-5/RR – Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 18 nov. 1996, p. 44790.

³⁵ Lei nº 9.868/99 - Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

³⁶ STF – Pleno – ADIn nº 2321 7/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 out. 2000, p. 2.

³⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 286.

³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

³⁹ RTJ 151/331-355.

Porém, a decisão da espécie não desconstitui automaticamente os atos praticados com fundamento na norma inconstitucional, devendo estes ser desconstituídos em processos específicos. A título exemplificativo, uma sentença cível, cujo conteúdo se funda com base em lei inconstitucional não poderá ser revista se decorridos dois anos desde a sua prolação, quando estará vencida a oportunidade para a propositura de ação rescisória⁴⁰.

Apesar de tudo isso, a competência constitucional prevista para julgar a ação direta de inconstitucionalidade, no exercício do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, pode também o Supremo Tribunal Federal, decidindo um caso concreto, declarar, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, exercendo, portanto, o controle concreto da constitucionalidade⁴¹.

Importa frisar que as leis presumem-se sempre constitucionais, levando-se em conta, as regras que regulam o seu processo de criação. O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, evidente das leis, é uma decorrente do princípio geral da separação dos Poderes, agindo como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em respeito à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos frente a casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável.

Sendo assim, nada impede as formas acima referenciadas de controle de constitucionalidade, mas, caso se mantenha inerte o órgão competente para a verificação da constitucionalidade no sentido da inconstitucionalidade a lei será considerada constitucional.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. V. II. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p. 28.

⁴¹ STF – “Controle incidente de constitucionalidade: vinculação das Turmas do STF à precedente declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, salvo proposta de revisão de qualquer dos Ministros (RiSTF, arts. 101 e 103)” (RTJ 160/1.019).

4 LEI MARIA DA PENHA

4.1 ASPECTOS GERAIS

Em 22 de setembro de 2006, entrou em vigor a lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, que ficou conhecida pelo nome de “*Maria da Penha*” considerada uma das três melhores leis do mundo, segundo o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a mulher.

A Lei popularizou-se como Maria da Penha, em homenagem a uma vítima da violência doméstica, após o emblemático caso de Maria da Penha Fernandes Maia. O caso ocorreu em 1983, quando a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes levou um tiro nas costas que a deixou paraplégica, aos 38 anos de idade. O autor do disparo foi seu marido, o professor universitário e economista Marco Antônio Heredia Viveros, que após uma primeira tentativa ainda procurou matá-la eletrocutada. Viveros foi condenado e preso em 28 de outubro de 2002, cumprindo dois anos de prisão.

O caso de Maria da Penha chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que responsabilizou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. A OEA, com base na Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção do Belém do Pará) acatou, pela primeira vez, uma denúncia de crime de violência doméstica, o que ensejou uma série de investigações sobre o andamento do caso na esfera judicial brasileira. Em abril de 2001, a OEA condenou o Brasil a elaborar uma legislação adequada a esse tipo de violência.

Várias entidades ligadas ao movimento feminista apresentaram à bancada feminina do Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres um anteprojeto de lei definindo as diversas formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e estabelecendo mecanismos para prevenir e coibir modalidade de violência e prestar assistência às vítimas.

Ademais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos enviou e recomendou ao Governo Brasileiro soluções efetivas além daquelas relativas ao caso concreto, das quais se destacam: a) prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil; b) instituir medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; c) simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; d) estabelecer formas

alternativas às judiciais, rápidas e efetivas, de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera; e) multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; f) incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Em decorrências destas determinações, surgiu a Lei nº 10.455/2002⁴², alterando o parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/95, acrescentando a possibilidade de afastamento do marido agressor do lar quando demonstrada a violência doméstica. Posteriormente, foi editada a Lei nº 10.886/2004, responsável por tipificar a violência doméstica no rol do art. 129 do Código Penal⁴³.

Atualmente, a aplicação da Lei 11.340/2006, em todo o território nacional, é uma realidade incontestável restando aos operadores do direito o seu aprimoramento e a sua efetiva compreensão e implementação, conforme preconizado no § 8º do art. 226 da Constituição Federal.

A referida norma modelo, que trata com especialidade o tema da violência conjugal no Brasil, ganhou notoriedade e reconhecimento público, passando a fazer parte da agenda de políticas públicas no território nacional. Todavia, a quantidade de medidas adotadas neste curto espaço de tempo nos revela constante dificuldade e limite imposto por este tipo específico de violência.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994), invocada na ementa da Lei Maria da Penha, define violência contra a mulher como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

⁴² Lei nº 10.455/2002 - Art. 1o. O parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

⁴³ Código Penal - Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 9o. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Após a entrada em vigor da Lei 11.340/2006, o mundo jurídico tem vivenciado os profundos reflexos decorrentes da sua aplicação em nossa sociedade. Os registros da Central de Atendimento à Mulher, no primeiro semestre de 2012, mostram números impressionantes. De primeiro de janeiro a 30 de junho foram 38.953 atendimentos pelo ligue 180, configurando-se uma média de 2.150 ligações por dia. Sendo a média mensal correspondente a 65 mil atendimentos.

Dentre as modalidades de agressões registradas a física lidera as estatísticas com 26.939 registros, ou seja, 56,65% do total de denúncias são de lesões corporais, as quais se enquadram com perfeição na Lei Maria da Penha. Mas, os números não param por aí, a violência psicológica registrada verifica-se na ordem de 12.941, um percentual de 27,21%, violência moral com 5.797, um percentual de 12,19% a violência sexual com 915, um percentual de 1,92% e a patrimonial com 750, um percentual 1,58%. Ainda se registram no mesmo período 211 casos de cárcere privado, o que representa um caso por dia. Na grande maioria dos casos, figura no pólo ativo das referidas agressões, o cônjuge, companheiro, ex-marido, namorado ou ex-namorado da vítima num percentual de 70,19% dos casos, sendo que mais de 50% dos relatos referem-se ao risco de morte⁴⁴

Apesar da alarmante estatística que se apresenta nos números acima exposto, é preciso se ter consciência de que estes não retratam fielmente a realidade atual da violência doméstica no Brasil, pois esta é subnoticiada, uma vez que grande número de mulheres não denuncia a violência de que são vítimas. Assim, apenas 10% das agressões contra as mulheres é que chegam ao conhecimento das autoridades.

Segundo relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS), a maioria da violência cometida contra a mulher ocorre dentro do lar ou junto à família, sendo o agressor o companheiro atual ou anterior. Ressalta-se que as mulheres agredidas, ficam em média, convivendo um período não inferior a dez anos com o agressor⁴⁵

Em 2011 a Fundação Perseu Abramo⁴⁶ realizou importante pesquisa, a qual demonstra, que a maioria dos homens afirmam achar errado agredir a mulher, 91%. Apenas 8% admitam a prática de violência física contra a mulher ou namorada, um em cada quatro

⁴⁴ Balanço Semestral do disque 180, de janeiro à junho de 2012, realizado pela Secretaria de Políticas para as mulheres.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à violência doméstica e familiar contra a mulher 3ed.rev. atual.e ampl. – São Paulo : ed. Revista dos Tribunais, 2012. p.25.

⁴⁶ Violência doméstica. Pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, 2011.

25%, sabe de parente que já praticou agressões físicas contra suas respectivas esposas e 48% afirmam conhecer algum homem que costuma bater na mulher.

Cerca de uma em cada cinco mulheres hoje 18% afirmam já ter sido vítima de algum tipo de violência por parte de algum homem, conhecido ou desconhecido. Além de ameaça de surra 13%, uma em cada dez mulheres 10% já foi de fato espancada, pelo menos uma vez na vida.

Diante de 20 modalidades de violências elencadas na pesquisa, duas em cada cinco mulheres 40% admitem já ter sofrido alguma, ao menos uma vez na vida, sobretudo algum tipo de controle ou cerceamento 24%; violência psíquica ou verbal 23%; ameaça de violência física propriamente dita 24%.

Entre as modalidades mais frequentes, 16% das mulheres já levaram tapas, empurrões ou foram sacudidas; 16% sofreram xingamentos e ofensas recorrentes referidas a sua conduta sexual e 15% foram controladas a respeito de aonde iriam ou com quem saíram.

Levando-se a efeito a pesquisa realiza em 2001, o número de mulher, brasileiras espancadas permanece altíssimo, mas diminuiu: de uma a cada 15 segundos para uma em cada 24 segundos, ou seja, de 8 para 5 mulheres espancadas em cada 2 minutos.

Como se pode notar, apesar de significativas mudanças alcançadas decorrente do processo evolutivo da humanidade, ainda assim, persiste a discriminação de gênero em desfavor da figura feminina, continuando esta, a ser colocada à margem das relações interpessoais dentro do contexto social a que pertencem.

A crescente escalada da violência contra a mulher no Brasil, tem desencadeado um aumento significativo das demandas judiciais, exigindo-se do judiciário melhor e mais eficiente prestação jurisdicional.

A lei Maria da Penha criou mecanismos específicos capazes de enfrentar a violência contra a mulher, possibilitando, através de políticas públicas mais eficientes, procedimentos policiais mais céleres à efetiva prevenção, repressão e erradicação desse fenômeno social que tem abalado sobremaneira a base estrutural da sociedade brasileira, ou seja a família.

4.2 ANÁLISE DA NORMA

O Título I da presente lei cuida de disposições introdutórias gerais, visando estabelecer sua fundamentação, os direitos fundamentais da mulher, anunciando as condições para o exercício destes, o comportamento do poder público para desenvolver políticas garantidoras

dos referidos direitos, as condições para tanto, e reconhecer, de plano, a hipossuficiência da mulher.

O artigo 1^o⁴⁷ cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher 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.

O caput do artigo 3^o⁴⁸, ao assegurar à mulher os 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 praticamente reproduziu a carta política constitucional referente à criança e ao adolescente (art. 227, caput)⁴⁹. Esse é um típico caso de discriminação positiva, que já encontra respaldo na doutrina nacional.

É relevante a verificação dos seguintes pontos contidos no artigo 3^o: o compromisso a partir de então assumido pelo Governo em desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão e a inserção da família no rol de atores sociais responsáveis pela criação de condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados à mulher não somente na condição de vítima, mas em qualquer situação. É importante ressaltar, que jamais foram criadas, pelo poder público as condições materiais necessárias e suficientes à implementação das referidas medidas.

Importa destacar o artigo 4^o⁵⁰, posto que, assinala um marco normativo fundamental: o reconhecimento da situação peculiar de violência doméstica e familiar em que a mulher se encontra. Trata-se de uma questão de fundamental importância para o processamento judicial

⁴⁷ Lei 11.340/06 – Art. 1^o Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8^o 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 tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre 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.

⁴⁸ Lei 11.340/06 - Art. 3^o - 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.

⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵⁰ Lei 11340/06 - Art. 4o - 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.

e para a adoção das medidas administrativas e deverá equivaler ao reconhecimento normativo da hipossuficiência da vítima do ato criminoso.

No Título II, aborda hipóteses do agora denominado gênero violência contra a mulher e o caput do artigo 5º especifica duas possíveis espécies do gênero (violência contra a mulher), quais sejam, a doméstica e a familiar.

A teor da letra da lei, consta no caput do art. 5º, que violência contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O artigo também inaugura a disciplina normativa dos destinatários primeiros dessa lei: a vítima – sempre a mulher – e o agressor, podendo ser o homem ou outra mulher, conforme veremos a seguir.

A agressão perpetrada contra mulher será ainda compreendida como violência doméstica se a ação ou omissão a que se referiu o caput verificar-se no espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (inc. I). Notavelmente, no âmbito doméstico, o agressor pode não ter relações familiares com a vítima, mas deve necessariamente conviver, de forma continuada, com ela. Essa definição inclui os empregados domésticos, ou seja, os "esporadicamente agregados" – assunto, aliás, muita discussão no Congresso Nacional. O termo "esporadicamente" aqui dá uma noção de relacionamento provisório, típica da relação de emprego doméstico.

Quanto a violência é praticada por familiar, esta será considerada violência doméstica, desde que praticada por membros de uma mesma família, entendendo-se como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (inc. II).

O que é bastante interessante nessa definição de família e que ela vai além dos preestabelecidos nas definições legais vigentes e representa um considerável avanço com relação ao conceito de família para o Direito.

Etimologicamente, família vem do latim *família*, derivado de *famulus* – escravo doméstico ou serviçal. Representava o agregado doméstico unido por vínculos de consangüinidade ou por alianças. Havia aí elementos puramente jurídicos, como o parentesco por afinidade, e outros de naturalidade, casos em que o parentesco predominava pela ascendência comum direta.

Na atualidade, a família pode ser compreendida como natural e legal, é o caso da família substituta. Pode ser ainda uma sociedade conjugal formada pelo matrimônio religioso ou civil ou a entidade formada pela união estável entre homem e mulher, sem prejuízo do conceito que abrange o vínculo entre pais e filhos.

Diversas doutrinas contemporâneas flexibilizaram ainda mais o conceito de família, para abranger os casais homossexuais com ou sem filhos. No nosso País, ainda se enfrenta a questão legal, apesar de já existirem Tribunais nacionais ampliando o conceito tradicional de família para além daquela entidade originária do casamento legalmente reconhecido, abraçando o conceito a partir de elementos afetivos genéricos.

No momento, parece que a Lei Maria da Penha poderá ser um passo normativo à frente do Direito Civil em discussão; afinal, o parágrafo único do artigo 5º⁵¹ contém uma carga ideológica inovadora: pela primeira vez no Direito brasileiro, uma norma federal permite uma interpretação de reconhecimento da entidade familiar entre indivíduos do mesmo sexo (mulheres).

A situação que se retrata aqui, não se refere ao homossexualismo masculino, mas apenas do feminino. Reafirmamos que a lei reconhece a vítima sempre como a mulher e o agressor, como um homem ou outra mulher.

De que maneira que ocorreria esse reconhecimento? Vejamos: ao tratar da violência familiar, a Lei traz uma definição normativa de família. Conforme o inciso II do artigo 5º, família é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Duas mulheres homossexuais seriam, portanto, à luz dessa nova Lei, uma entidade familiar composta por indivíduos que se consideram aparentados, unidos por vontade expressa e afeto.

Ao fazer uma interpretação lógica da lei são elas, cônjuges "autoconsiderados", porque, perante si mesmos e perante a sociedade, mas à margem da lei, ambas tem um vínculo íntimo sólido, com envolvimento sexual e afetivo tal qual um casal heterossexual. Além do mais, mesmo que o Direito não as reconheça como tal, elas o fazem, mediante ato voluntário de manifestação de vontade.

Mesmo que assim não o seja, caso em que a doutrina e os Tribunais insistam em interpretar de outra forma, as homossexuais femininas poderão ainda ser protegidas pela nova Lei a partir do tópico seguinte, que trata da violência em relação íntima de afeto.

Não há dúvida de que a Lei representa um importante passo no reconhecimento legal das relações homossexuais estáveis, à frente mesmo do Direito Civil, o que não é comum, dado o conservadorismo penal da sociedade brasileira.

⁵¹ Lei 11.340/06 - 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: Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Como forma dar efetividade a norma, o legislador foi além dos vínculos domésticos e familiares: o inciso III estabelece que a violência doméstica e familiar também possa ser aquela praticada em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Com efeito, esse conceito, a princípio, trouxe reivindicação das vítimas em relação a agressores com quem tiveram relacionamento familiar, como ex-maridos ou ex-companheiros. O malfadado sentimento de posse entre casais nem sempre se dissolve com o rompimento dos laços matrimoniais. Por isso, a necessidade de proteção especial às mulheres contra seus ex-parceiros.

Todavia, o inciso não se limita a isso. A expressão da norma comumente extravasa a intenção do legislador. No caso, o dispositivo, como editado, também abarca as relações afetivas de intimidade como, por exemplo, uma relação de namorados ou de noivos. O fato de a coabitação não interferir como elemento característico do fato típico reforça esses exemplos: aquele mesmo casal de namorados, em que cada um reside com suas respectivas famílias, não pode ser reconhecido como uma entidade familiar constituída pela união estável. Também não há entre eles a relação doméstica propriamente dita, especialmente conforme definição trazida pela lei Maria da Penha.

4.3 FORMAS DE VIOLÊNCIA PREVISTAS NA LEI

Segundo assinala Dias:⁵²

No âmbito do Direito Penal, vigoram os princípios da taxatividade e da legalidade, sede em que não se permite conceitos vagos. Esta não foi a preocupação do legislador ao definir a violência doméstica e familiar e especificar suas formas. Tal, no entanto, não compromete a sua higidez e nem a tisma de inconstitucionalidade.

Portanto, não é taxativa a relação de espécies de violência doméstica e familiar contra a mulher: a) Violência física: qualquer conduta que ofenda integridade ou saúde corporal da mulher; b) Violência psicológica: qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da auto-estima à mulher 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; c)

⁵² DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher 3 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.65.

Violência sexual: qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar 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; d) Violência patrimonial: qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos pertencentes à mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; e) Violência moral: qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Apesar das vertentes "tradicionais" de violência contra a mulher (sexual, psicológica e física), a Lei Maria da Penha inova ao também enquadrar a violência patrimonial e a moral.

4.4 O SUJEITO PASSIVO DA LEI MARIA DA PENHA

Com relação ao pólo passivo, ou seja, a vítima, há exigência de uma qualificação especial: ser mulher, desta forma, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros que tenham identidade social com o sexo feminino estão acobertados pela Lei Maria da Penha. A agressão contra essas pessoas no âmbito das relações familiares constitui violência doméstica, mesmo que parte da doutrina teime em não lhe conceder o abrigo da lei⁵³. Inoportuno deixar à margem da proteção Legal aqueles que se reconhecem como mulher, razão pela qual, já existem entendimentos jurisprudenciais⁵⁴. Para ter incidência a nova lei, o sujeito passivo da violência deve necessariamente ser uma mulher e a ambiência deve ser a unidade doméstica, familiar ou de afeto. Portanto, é fundamental que se constate que a violência seja contra a mulher e que haja um vínculo doméstico, familiar ou de afeto com o agente do fato conforme preceitua o artigo 1º da Lei 11.340/2006⁵⁵.

⁵³ Neste sentido: Pedro Rui da Fontoura Porto, Violência doméstica e familiar contra a mulher, 35. Roberta Toledo Campos, Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha, 280.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ Lei 11.340/06 - 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

O que caracteriza o ser humano e o faz dotado de dignidade especial é que ele não pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade⁵⁶.

Como a Constituição diz textualmente que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conclui-se que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Ressalte-se que o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Segundo Daniel Sarmiento⁵⁷:

A Constituição brasileira de 1988, à semelhança do que ocorre em diversas cartas contemporâneas, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, (art. 1º, III, da CF). A proclamação solene do princípio da dignidade da pessoa humana no primeiro artigo do texto constitucional é rica em simbolismo. A Carta de 1988 – Constituição Cidadã, nas palavras do saudoso Ulisses Guimarães – representa um marco essencial na superação do autoritarismo e na restauração do Estado Democrático de Direito, timbrado preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social no país.

Assim sendo, as ações do Estado devem ser avaliadas, sob pena de serem inconstitucionais ou violadoras da dignidade da pessoa humana se qualquer pessoa não for considerada como fim em si mesmo, mas mero instrumento ou meio para outros objetivos. A pessoa é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

Por outro lado, a própria Constituição Federal põe em situação de igualdade o homem e a mulher⁵⁸, de forma que, a fim de assegurar essa igualdade formal, instrumentaliza meios para garantir a igualdade material, assegurando, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana independentemente do seu sexo.

É neste sentido que a Lei Maria da Penha também conferiu ampla tutela à mulher. Uma simples leitura dos artigos 2º e 3º⁵⁹ nos faz verificar que os direitos fundamentais de

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.

⁵⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Editora Nacional. p. 68. Trad. Antonio Pinto de Carvalho, apud REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 280.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses nas Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 58.

⁵⁸ Constituição da República Federativa do Brasil – 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.

⁵⁹ Lei 11.340/06 - Art. 2º. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe

dignidade e liberdade da mulher são garantidos para que ela possa escolher o mundo do seu ser.

Como não bastasse, os citados artigos, há ainda o artigo 5^{o60}, parágrafo único, que enfatiza a liberdade da mulher de orientação sexual do seu ser.

Na verdade, a reflexão a respeito da mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil suscitam duas questões centrais: Como compreender a gramática contemporânea dos direitos humanos das mulheres? E Quais os principais desafios e perspectivas para a proteção destes direitos no cenário brasileiro?

Como decorrência do processo de internacionalização dos direitos humanos, foi a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 que, de forma explícita, afirmou, em seu parágrafo 18, que os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Esta concepção foi reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995. O legado de Viena é duplo: não apenas endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos invocada pela Declaração Universal de 1948, mas também confere visibilidade aos direitos humanos das mulheres e das meninas, em expressa alusão ao processo de especificação do sujeito de direito e à justiça enquanto reconhecimento de identidades.

Deve-se ressaltar que a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela ótica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal. A título de exemplo, basta avaliar quem é o destinatário da Declaração Universal de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do “outro”, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião. Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Sendo assim, determinados sujeitos de direitos, ou

asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. 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. § 1º - O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 2º - Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

⁶⁰ Lei 11.340/06 - 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: Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Vai além do paradigma do homem, ocidental, adulto, heterossexual e dono de um patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos de direitos.

Sobre esse aspecto as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. O direito à diferença implica o direito ao reconhecimento de identidades próprias, o que propicia a incorporação da perspectiva de gênero, isto é, repensar, revisitar e mudar o conceito dos direitos humanos a partir da relação entre os gêneros, como um tema transversal.

No balanço das últimas três décadas pode-se verificar que o movimento internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres centrou seu foco em três questões centrais: a) a discriminação contra a mulher; b) a violência contra a mulher e c) os direitos sexuais e reprodutivos.

Segundo Flávia Piovesan⁶¹:

Na experiência brasileira, a Constituição Federal de 1988, enquanto marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, incorporou a maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres. O êxito do movimento de mulheres, no tocante aos avanços constitucionais, pode ser claramente evidenciado pelos dispositivos constitucionais que, dentre outros, asseguram: a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (artigo 5º, I) e especificamente no âmbito da família (artigo 226, parágrafo 5º); b) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (artigo 7º, XXX, regulamentado pela Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); c) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX, regulamentado pela Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); d) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (artigo 226, parágrafo 7º, regulamentado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e e) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (artigo 226, parágrafo 8º). Além destes avanços, merece ainda destaque a Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo. Adicione-se, também, a Lei 10.224, de 15 de maio de 2001, que ineditamente dispõe sobre o crime de assédio sexual.

Desta forma, percebe-se que a Lei Maria da Penha ratificou a garantia constitucional democratizada da liberdade do ente à escolha sobre o seu próprio mundo, inclusive a sua liberdade de escolha da identidade sexual de seu ser.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. A Mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. Artigo publicado em 24.08.2004

4.5 EVOLUÇÃO DAS FORMAS FAMILIARES

Ao longo do tempo o conceito de família tem representado uma a plurivalência semântica, que é um fenômeno normal do vocabulário jurídico, ou seja, vários juristas, de diferentes épocas e lugares, apresentaram diferentes definições sobre família. Com o passar do tempo, sempre se desatualizavam. Em nosso País, até a idéia de família expressa pelo atemporal Clóvis Beviláqua⁶² não se apresenta compatível com a realidade. Afirma o civilista que a família “É o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo de consangüinidade, cuja eficácia se entende, ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes porém, designa-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie”. Conforme será demonstrado a seguir, esse conceito, apegado à consangüinidade, não tem respaldo na realidade atual.

Por vários séculos, a família fora um organismo extenso e hierarquizado. Em nosso País, esse modelo é bem ilustrado por Gilberto Freire⁶³, em sua obra *Casa Grande & Senzala*, ao apresentar a família patriarcal. A família brasileira apresentava um caráter nitidamente extenso, submetendo-se seus membros à autoridade soberana do pai. Em torno dele, circula toda a vida familiar. O patriarca constituía o centro de gravidade de seus domínios e das pessoas que os habitavam.

Antes de chegarmos à família monogâmica, formas mais antigas existiram, como a família consangüínea, a família punaluana, a família sindiásmica ou de casal e a família patriarcal.

O velho Código Civil brasileiro (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916), apesar de sua qualidade técnica, foi elaborado ainda sob a influência do individualismo que comungava com o modelo de família patriarcal. Em sendo assim, para o Direito, o conceito de família esteve sempre ligado a dois elementos fundamentais: consangüinidade e casamento formal e solene.

Entretanto, a partir da segunda metade do século XIX, a família patriarcal foi se esvaecendo. O processo de urbanização acelerada, os movimentos de emancipação das mulheres e dos jovens, a industrialização e as revoluções tecnológicas, as profundas modificações econômicas e sociais ocorridas na realidade brasileira e as imensas transformações comportamentais havidas puseram fim à instituição familiar baseada no modelo patriarcal, para surgir uma instituição organizada com base no modelo nuclear,

⁶² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

⁶³ FREIRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49 ed. São Paulo: Global, 2004.

restrita a um número reduzido de pessoas. A família extensa foi eliminada pela família nuclear, especialmente nas grandes cidades do País. Ademais, difundiram-se novos arranjos familiares, desvinculados da união legal.

Em decorrência da Constituição Federal de 1988, sensível à nova realidade, a proteção assegurada ao casamento, foi estendida à família. A Constituição de 1988 trouxe o conceito de entidade familiar (art. 226, §§ 3º e 4º)⁶⁴ e instituiu novas regras para o instituto do divórcio (art. 226, § 6º)⁶⁵; apregoou a equiparação dos cônjuges em direitos e deveres (art. 226, § 5º)⁶⁶; previu o planejamento familiar (art. 226, § 7º)⁶⁷ e a assistência à família (art. 226, §8º)⁶⁸, além de instituir a absoluta igualdade entre os filhos. Revela, ainda, um rol exemplificativo de entidades familiares, quais sejam as constituídas pelo casamento, pela união estável e a família monoparental.

Entretanto, o casamento não deixou de ser a forma clássica para se constituir família. Evidentemente, não é, atualmente, a única forma de vida familiar. Acerca da primazia do casamento na geração de relações familiares, apregoa Caio Mário da Silva Pereira⁶⁹:

É o casamento que gera as relações familiares originariamente. Certo é que existe fora do casamento, produzindo conseqüências previstas e reguladas no Direito de Família. Mas, além de ocuparem plano secundário, e ostentarem menor importância social, não perdem de vista as relações advindas do casamento, que copiam e imitam, embora a contrastem freqüentemente. A preeminência do casamento emana substancialmente de que originam dele as relações havidas do casamento, como a determinação dos estados regulares e paragonais que, sem excluírem outros, são os que a sociedade primordialmente considera, muito embora, a Constituição de 1988 tenha proibido quaisquer designações discriminatórias (art. 227, §6º).

Diante de todos esses avanços, a realidade nos mostra outra noção de família. Não significa que crise ou abolição da família, mas sim uma pluralidade de instituições, onde são reconhecidos outros arranjos familiares. A consangüinidade deixou de ser fundamental para a

⁶⁴ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 226. § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 226. § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

⁶⁶ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 226. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁶⁷ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 226. § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁶⁸ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 226. § 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.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. V. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

constituição da família, tanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a existência da família substituta, visualizada no instituto da adoção.

Os novos tipos de unidade familiar, que são consideradas ameaçadoras para alguns, não impedem que a família seja reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Confirma ainda, que todas as pesquisas sociológicas mostram que a família é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.

Deve-se frisar que a questão da família vai além de sua positivação nos ordenamentos jurídicos. Por isso que ela sempre existiu e continuará existindo, desta ou daquela forma, em qualquer tempo ou espaço. O que muda são apenas as formas de sua constituição.

Tais modificações explicam-se por ser a família um fenômeno cultural e não natural. Por isso é que ela se apresenta das mais variadas formas, de acordo com as diferentes culturas. A família não se constitui apenas de um homem, uma mulher e filhos, ainda que casados solenemente. A família é, primordialmente, uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar definido. Lugar do pai, da mãe, dos filhos, sem, no entanto, estarem necessariamente ligados biologicamente ou por qualquer ato formal⁷⁰.

O ambiente familiar é estruturado de forma complexa que precede o Direito e que este procura legislar no sentido de proteger esse instituto, que é célula básica da sociedade. Na família, fonte de companheirismo e afeto, que se valoriza cada membro, permitindo o desenvolvimento da personalidade de todos. Nesta se estrutura o sujeito e estabelecem-se as primeiras leis psíquicas. Quando estas se ausentam, faz-se necessária a lei jurídica para sobrevivência do próprio indivíduo e da sociedade.

Na atualidade a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais, as uniões homoafetivas já são consideradas unidade familiar. A legislação apenas acompanha essa evolução para permitir que, na ausência de sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade física e psíquica dos membros de qualquer forma de família.

⁷⁰ PEREIRA. Op. Cit.

4.6 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Ao criar mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher, modo expresso, a *Lei Maria da Penha*⁷¹ abrange as relações homossexuais, conforme dispõe seu artigo 2º: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. O parágrafo único do artigo 5º afirma que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar.

Neste instante, ao afirmar que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.

Segundo Maria Berenice Dias⁷², “a lei não se limita a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior”.

Em virtude da proteção ser assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidade familiar. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família.

Defende a desembargadora gaúcha⁷³ supracitada que:

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade.

Partindo da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos.

A evolução é importante, pois, significa, por um ponto final à discussão que entretém a doutrina e divide os tribunais. Nem mesmo em sociedade de fato caberia continuar falando,

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher – 3 ed. rev. e ampl. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2012.p.54.*

⁷² DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha e as uniões homoafetiva.* Artigo publicado em 28/06/2008.

⁷³ *Ibid.*

pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais. Com isso, tais uniões eram relegadas ao âmbito do Direito das Obrigações, sendo vistas como um negócio com fins lucrativos. Ao final da sociedade, procedia-se à divisão de lucros mediante a prova da participação de cada parceiro na formação do patrimônio amealhado durante o período de convívio. Como sócios não constituem uma família, as uniões homoafetivas acabavam excluídas do âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Esta era a tendência majoritária da jurisprudência, pois acanhado é o número de decisões que reconheciam tais uniões como estáveis.

Tem eficácia imediata a nova lei, passando as uniões homossexuais a merecer a especial proteção do Estado conforme preceitua o artigo 226 da Constituição⁷⁴.

A partir do momento em que as uniões de pessoas do mesmo sexo estão sob a tutela da lei que visa a combater a violência doméstica, isso significa, inquestionavelmente, que são reconhecidas como uma família, estando sob a égide do Direito de Família. Não mais podem ser reconhecidas como sociedades de fato, sob pena de se estar negando vigência à lei federal.

Assim, o conceito de família não está adstrito aos contornos limitados e abstratos da letra fria e seca da lei. A interpretação do caput do artigo 226 se dá tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, da liberdade, do direito à personalidade, entre outros comentados anteriormente, vez que o fim do Estado é a realização do bem comum, de sociedade livre, fraterna, sem preconceitos de sexo, cor, origem e raça, tratando a humanidade como um fim e nunca como um meio. Todo ser humano.

⁷⁴ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

5 A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Há um inegável interesse em se resguardar a ordem jurídica constitucional, de modo a afastar o estado de incerteza ou insegurança jurídica sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Com relação à Lei em estudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência de alguns juízos e tribunais têm afastado a aplicação da "*Lei Maria da Penha*", por reputá-la inconstitucional, supostamente em virtude de afronta ao princípio da igualdade (art. 5º, I)⁶⁹; à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária local (art. 125, § 1º c/c art. 96, II, d)⁷⁰; e à competência dos juizados especiais criminais (art. 98, I)⁷¹.

Nesta esteira, a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul declarou a inconstitucionalidade da supracitada lei⁷², sob alegação de ofensa ao princípio da igualdade entre homens e mulheres:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLÊNCIA DOMESTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 - RECURSO MINISTERIAL
- PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE
DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 - VÍCIO DE
INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA
IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE -DECISÃO MANTIDA -
COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - IMPROVIDO.

A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2a parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n.

⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil - 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.

⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. Art. 96. Compete privativamente: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

⁷² TJMS, Segunda Turma Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-00, Relator Desembargador Romero Osme Dias Lopes, acórdão proferido em 26.9.2007.

11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmou a inconstitucionalidade do artigo 33 da Lei 11.340/2006⁷³, por suposta afronta ao artigo 125, § 1º, da Constituição Federal:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Competência racione materiae. Juízo da 2ª Vara Cível (com competência criminal adjunta) x Juízo da 1ª Vara Cível (com competência exclusivamente extra-penal). Separação de Corpos c/ pedido de afastamento do companheiro em virtude da prática de Violência Doméstica. Lei. 11.340/06 (Lei Maria da Penha Arts. 22, II e 23 IV). Prerrogativa legal para a prática de ato jurisdicional de natureza cível (família), fundado na prática de infração penal regulamentada em Lei Especial que prevê norma transitória relativa à organização judiciária, determinando a competência provisória dos Juízos criminais para o exame e julgamento da matéria enquanto não instalados os Juizados Especiais próprios (Art. 33, Lei 11340/06). Aviso 42/2006-TJERJ que propõe a invalidade da norma em função do vício de inconstitucionalidade frente ao disposto no Art 125,§, CF, que prevê competência estadual para a matéria. Separação de Corpos que se consubstancia em provimento jurisdicional preventivo de nítida natureza cível, ainda que fundado na prática de infração penal. Art 33, Lei 11.340/06 que, além da aparente inconstitucionalidade, preconiza subversão dos critérios lógico-sistemáticos de fixação da competência dispostos no CODJERJ. Conflito negativo manifestamente procedente, inclusive, pelo fato de que a norma de transição em tela (Art 33 da Lei 11.340/06) já se encontra superada no que toca à estrutura organizacional deste estado, em função da criação e instalação dos Juizados de Violência Doméstica. Inteligência conjunta dos Arts. 84,caput e 85 ,I, g c/c 149, IV, CODJERJ, que aponta expressamente a competência do Juízo da 1a Vara Cível para a matéria sub exame. Competência do Juízo suscitado (1a Vara Cível de Saquarema). Provimento liminar do Conflito.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁷⁴, por sua vez, afastou "a condição pessoal restritiva de sua aplicação às mulheres, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças", a saber:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - JUIZADO ESPECIAL E JUSTIÇA COMUM - ART. 33 E ART. 41 DA LEI 11.340/06 - INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Se o art. 198, I, da Constituição Federal, estabelece a competência do Juizado Especial para os crimes de menor potencial ofensivo que foram definidos pela Lei Federal 9.099/95 e suas modificações posteriores, seria mesmo um contra-senso argüir a inconstitucionalidade da Lei Federal 11.340/06 na parte que afasta o menor potencial aos delitos cometidos com violência doméstica ou familiar, porque ambas são normas de igual hierarquia, a primeira geral e a segunda derogante para excepcionar o âmbito de atuação do Juizado, sendo certo que a só exceção já importaria na distribuição da ação à Justiça Comum, mesmo quando o delito noticiado seja contravenção penal, porque o contexto do art. 41, só pode ser interpretado no âmbito da atuação da própria norma de contenção, dentro da Mela suscitada pelo art. 7º, I a IV, da própria Lei Maria da Penha que abarca todos os tipos de violência. DISCRIMINAÇÃO

⁷³ TJRJ, Oitava Câmara Cível, Conflito de Competência nº 2007.008.00568, Dês. Orlando Secco, Julgamento: 01/11/2007.

⁷⁴ TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº i.0672.07.244893-5/001(1), Relator Dês. JUDIMARBIBER, acórdão publicado em 14/08/2007.

INCONSTITUCIONAL - TUTELA LEGÍTIMA - APLICAÇÃO GERAL - SOLUÇÃO. Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, D), mas cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, D), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/06 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal restritiva de sua aplicação às mulheres, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. Competência do Juízo Suscitante.

Veja que, no precedente acima, que, embora não se tenha declarado de forma direta e incisiva a inconstitucionalidade da norma, aquela Câmara Criminal adotou medida equivalente, ao estender os efeitos da lei aos homens, o que somente seria possível em "interpretação conforme a Constituição desde que houvesse dúvida acerca do sentido da expressão "mulher".

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁷⁵, no que se refere às contravenções penais, afastou a aplicação da Lei nº 11.340/2006:

PROCESSUAL PENAL CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. CONTRAVENÇÃO PENAL - Malgrado tenha a L. 11.340/06 concentrado as jurisdições cível e criminal em um juizado integrado, para a apreciação de todas as "causas" afetas à violência doméstica e familiar contra a mulher, ressaltou, em seu art. 41, que a aplicação da L. 9.099/95 só não ocorreria aos crimes praticados sob o manto de incidência da nova lei, deixando claro, a contrario sensu, ser a L. 9.099/95 ainda aplicável às contravenções penais. A unanimidade, julgaram procedente o conflito suscitado.

Além disso, é até mesmo duvidoso se poderia o legislador acabar com o conceito de menor potencial no âmbito da Lei Maria da Penha. Basta ver que a competência dos Juizados Especiais Criminais emerge da Constituição Federal e, por tal, não pode ser derogada por lei ordinária.

Semelhante fenômeno aconteceu na vigência da Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, porém com conceito diverso daquele estabelecido aos crimes da competência da Justiça Estadual. Naquela época, doutrina e jurisprudência, maciçamente, entenderam que não havia razão para o discrimen, além do que o constituinte originário delegou ao legislador a função de estabelecer um conceito de menor potencial ofensivo e não diversos.

É evidente que ao legislador era dado revogar expressamente o art. 61 da L. 9.099/95 e arrolar, um a um, os crimes de menor potencial ofensivo, por sua espécie, circunstâncias, tipo

⁷⁵ TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº i.0672.07.244893-5/001(1), Relator Dês. JUDIMARBIBER, acórdão publicado em 14/08/2007.

de vítima, etc. Poderia assim obrar, já que a Super Lei não estabeleceu qualquer diretiva a ser seguida na definição do conceito de 'menor potencial'.

Aparenta-se de duvidosa proporcionalidade, contudo, é manter em vigência os dois critérios, um geral (vinculado ao quantum de pena e à categoria do delito), e outro específico (âmbito de incidência da Lei Maria da Penha), cujo resultado -aqui se vislumbra claramente a desproporção - é ter-se como de 'maior' potencial ofensivo a presente contravenção de vias de fato (apenada com 15 dias a 03 meses de prisão simples), enquanto delitos de lesão corporal (03 meses a 01 ano de detenção), constrangimento ilegal (03 meses a 01 ano de detenção) e assédio sexual (01 a 02 anos de detenção) continuam sendo de menor potencial ofensivo.

E como o novo diploma legal não alterou a definição do art. 61 da L. 9.099/95 - ou, quando muito, alterou-o implicitamente, deixando a salvo as contravenções penais -, não vejo como afastar da competência do JECRIM- constitucional, insisto - para processar e julgar a contravenção ora em apuração, que é de menor potencial ofensivo (L. 9.099/95, art. 61) e assim se manteve em face da nova Lei (L 11.340/06, art. 41).

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito negativo de jurisdição, para o efeito de fixar a competência do JECRIM da Comarca de Pelotas para processar e julgar o presente feito.

Além disso, foram publicados os enunciados aprovados no III Encontro dos Juízes de Juizados Especiais Criminais e de Turma Recursais -Armação dos Búzios - 01 a 03 de setembro de 2006 (III EJJETR)⁷⁶, que negam validade parcial à "Lei Maria da Penha":

82 - É inconstitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/06 ao afastar os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do art. 98, I e 5º, I Constituição Federal (III EJJETR).

83 - São aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/06 quando o limite máximo da pena privativa da liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/06 (III EJJETR).

84 - É cabível, em tese, a suspensão condicional do processo para o crime previsto no art. 129 § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/06 (III EJJETR).

86 - É inconstitucional o artigo 33 da Lei nº 11.340/06 por versar matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual (art. 125, § 1º, da Constituição Federal, III EJJETR).

Por outro lado, em sentido completamente diverso, de forma a evidenciar a controvérsia judicial, sobressaem julgados que consideram constitucional a Lei nº 11.340/2006.

⁷⁶ Disponível em: http://www.ti.ri.gov.br/iuizados_especiais/sumario/enunciados_consolidiii_enconlro_jecr.htm. Acesso em 28/10/2012.

Nesse sentido, confira-se decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa⁷⁷, em que se afirma a validade da regra de competência dos Juizados de Violência Doméstica, inclusive nos crimes dolosos contra a vida:

DECIDO. A Lei nº 11.340/06 (denominada Lei Maria da Penha) adotou um conceito de violência doméstica bem amplo, de forma a abarcar diversos instrumentos legais para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nas instâncias administrativa, civil, penal e trabalhista. Assim, o art. 14 da aludida Lei autorizou a criação pela União ou pelos Estados, de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal. Diante disso, a Resolução nº 18/06 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina instituiu o Juizado de que trata a lei e, na Comarca da Capital, estabeleceu seu funcionamento junto à 3ª Vara Criminal, deslocando, nos casos de crimes dolosos contra a vida da mulher, a instrução do processo, até a fase do art. 412 do CPP, para a 3ª Vara Criminal da Capital, mantendo, contudo, o julgamento perante o Tribunal do Júri (conforme parecer do Procurador de Justiça no HC 2006.044235-4, do TJ de Santa Catarina, fls. 103). Não vejo ilegalidade na Resolução nº 18/66 do TJ de Santa Catarina, que em tudo procurou ajustar a organização judiciária ao novo diploma legal, sem conflitar com as normas processuais que atribuem com exclusividade ao Tribunal o Júri, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Entendo, assim, em juízo inicial, que o flagrante foi homologado pela autoridade competente e, por conseguinte, não padece de vícios.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também declarou a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher para julgar tais crimes, até a fase de pronúncia, a saber⁷⁸:

HABEAS CORPUS - CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PROCESSADO PELO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - LIBERDADE PROVISÓRIA - CRIME HEDIONDO - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM DENEGADA. - Ressalvada a competência do Júri para julgamento do crime doloso contra a vida, seu processamento, até a fase de pronúncia, poderá serpeio Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em atenção à Lei H.340/06.

Portanto, demonstrada a forte controvérsia que gira em torno da constitucionalidade da Lei 11.340/06, cabe examinar mais detidamente os assuntos controvertidos, da Lei, a saber: a) artigo 1º e o princípio da igualdade (art. 5º, I, da Constituição Federal); b) artigo 33 e a competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária (art. 125, § 1º c/c Art. 96, II, d); e c) artigo 41 e a competência conferida aos juizados especiais para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo (art. 98,1, da CF).

⁷⁷ STF, HC 92538 MC/SC, Relator(a) Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 02/10/2007

⁷⁸ STJ, HC 73161/SC, Rel. Ministra Jane Silva, Quinta Turma, julgado em 29.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 317.

5.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A primeira controvérsia quanto à inconstitucionalidade diz respeito ao artigo 1º da "Lei Maria da Penha", supostamente por ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF), em virtude de conferir especial proteção às mulheres, ao estabelecer "medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar", não o fazendo em relação aos homens.

Nesse aspecto, é relevante salientar que a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, consagra a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental. Apesar dessa igualdade, o próprio Poder Constituinte Originário, ciente da realidade social a ser mudada, impôs ao Estado o dever de criar mecanismos inibidores da violência doméstica ou familiar, nos termos do § 8º do art. 226.

Desse modo, editou-se a "Lei Maria da Penha" com vistas a inibir a violência doméstica ou familiar contra as mulheres, conferindo-se efetividade ao princípio da igualdade material, consoante determina a Carta Magna.

Nessa ótica, cumpre definir o sentido normativo do princípio da igualdade, daí porque é oportuna a lição de Alexandre de Moraes⁷⁹:

O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas. [...] Daí o legislador prever, como no caso, regra específica de competência, para corrigir um defeito histórico de opressão do homem sobre a mulher.

Na mesma linha, Pontes de Miranda⁸⁰, à luz da Constituição pretérita, já lecionava sobre a relatividade do princípio da igualdade, a demandar intervenção no mundo fático de forma a gerar condições comuns a todos, a saber: a idéia de igualdade dos homens assenta em que todos eles são entes humanos, portanto, em semelhanças indiscutíveis.

Para se chegar, no direito, à maior igualdade entre os homens, é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos comuns a todos. Maior igualdade não se decreta; se bem que se possa decretar redução de desigualdades artificiais, isto é, fora do homem.

O mencionado autor⁸¹ afasta a presunção de inconstitucionalidade de todo e qualquer tratamento distintivo entre homens e mulheres, visto que há necessidade de se verificar a

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19 ed. Atual. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 35.

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1967. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 673-675.

⁸¹ Ibid, 677.

pertinência do *discrímen*. Confira-se: a primeira é a de se saber se a lei pode dar preferência, ou exclusividade, à mulher para direção ou para exercício de determinado cargo, em atenção à natureza do serviço ou da função.

Onde quer que se trate de atender a pressupostos próprios do sexo, como o fato de não poderem as mulheres carregar grandes pesos, a política de proteção passa à frente do critério apriorístico da igualdade. Aliás, a própria constituição, mais de uma vez, ordena que se proteja a mulher em razão do seu sexo.

Onde a mulher, em virtude de qualidades próprias do seu sexo, é cientificamente indicada para determinado serviço, não há infração do princípio constitucional que proíbe a desigualdade perante a lei, ou de regra jurídica, que descesse como o texto de 1934, à proibição de privilégio ou distinções por motivo de sexo, à semelhança do que ocorre com a preferência ou exclusividade, quanto aos homens, de que antes falamos. Também não ofende o texto constitucional dispor uma lei que, em igualdade de pressupostos apurados em concurso, se há de preferir, para a seção das mulheres, mulher e, para a seção dos homens, homem.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸², em monografia específica sobre o princípio da igualdade, estabelece critérios para verificação de conformidade da lei com o sentido da Constituição:

Para que um *discrímen* legal seja conveniente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulta em diferenciação de tratamento jurídico fundado em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público.

A necessidade de se criar uma legislação que coíba a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira.

É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. São Paulo: RT, 1990. p. 51.

mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado.

Nas palavras de Maria Berenice Dias⁸³:

Frágeis e insuficientes, no entanto, são os mecanismos de promoção da igualdade de gênero, pois, em nome da preservação ao princípio da isonomia, se acaba consagrando a desigualdade. A incorporação, em textos legais, de dispositivos de proteção à mulher por meio de incentivos específicos funda-se na concepção, incluída em textos de convenções internacionais, de que não seriam consideradas discriminatórias medidas ou ações afirmativas com o propósito de sanar situações de desigualdade.

A violência doméstica fornece as bases para que se estrutrem outras formas de violência, produzindo experiências de brutalidades na infância e na adolescência, geradoras de condutas violentas e desvios psíquicos graves.

Importa salientar o estudo do IPEA⁸⁴, relativo ao balanço da política federal na área dos direitos humanos, da justiça e da cidadania no período 1995-2005, que demonstra a disparidade circunstancial (social) entre homens e mulheres: as mulheres encontram-se mais concentradas, proporcionalmente, em trabalhos informais e precários do que os homens. Das ocupadas com 16 anos ou mais, 17% são trabalhadoras domésticas, apenas 3% são empregadoras e 25% têm carteira assinada.

Entre os homens, esses valores são, respectivamente, 0,9%, 5% e 35%. Por fim, destaca-se a maior presença proporcional de mulheres na ocupação de funcionárias públicas (9%, contra 5% dos homens), o que se deve, sobretudo, à forma de acesso por concursos públicos, que garante condições mais igualitárias.

Grande parte desses processos de discriminação e desigualdade que são produzidos na esfera pública contribui para reproduzir e alimentar a realidade da violência contra as mulheres, em especial a violência doméstica e sexual. O Brasil não dispõe de dados oficiais - coletados periódica e sistematicamente - sobre a magnitude desse fenômeno.

No entanto, alguns estudos permitem perceber o quanto a violência doméstica está presente no cotidiano das famílias. Segundo informações da Fundação Perseu Abramo, uma em cada cinco mulheres brasileiras já foi vítima de algum tipo de violência por parte de um homem, a maioria de violência física. Quando são apresentadas diferentes formas de agressão, o índice de mulheres que declara já ter sido vítima de violência sobe para 43%, o que mostra as dificuldades ainda encontradas para se admitir a violência, em razão do medo, da vergonha

⁸³ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.72-74.

⁸⁴ IPEA - Políticas sociais - acompanhamento e análise nº 13 - edição especial.

ou da invisibilidade do tema. Na grande maioria das vezes, o marido é o autor da agressão, seguido por ex-maridos e namorados.

Maria Berenice Dias⁸⁵ também elenca dados acerca da violência doméstica ou familiar contra mulheres, no Brasil e no Mundo:

No Brasil: 1,9% do PIB é consumido em face da violência doméstica; 4 em cada 5 faltas ao trabalho das mulheres é por causa da violência doméstica; Perfil das vítimas: 76% restam com lesões corporais, 40% das agressões resultam em lesões corporais graves, 24% sofrem agressão física e moral, em 17% dos casos há utilização de objetos, 76% têm filho com o agressor, 17% estão grávidas; 30% dos filhos também são agredidos; 75% são agredidas seguidamente, 7% uma única vez. Apenas 50% buscam auxílio policial por conta própria; A cada 15 segundos uma mulher é espancada; 25% das mulheres são vítimas da violência doméstica; 33% da população feminina admite já ter sofrido algum tipo de violência; Em 70% das ocorrências de violência contra a mulher o agressor é o marido ou o companheiro; A violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos; Os maridos são responsáveis por mais de 50% dos assassinatos de mulheres e, em 80% dos casos, o assassino alega defesa da honra; 1,9% do PIB brasileiro é consumido no tratamento de vítimas da violência doméstica; 80% das mulheres que residem nas capitais e 63% das que residem no interior reagem às agressões que sofrem; 11% das mulheres foram vítimas de violência durante a gravidez e 38% delas receberam socos e pontapés na barriga; São registradas por ano 300 mil denúncias de violência doméstica; No mundo: 41% dos homens que agredem as mulheres também agredem os filhos; um terço das crianças que sofrem violência vão reproduzir o ciclo; 60 milhões de mulheres já foram mortas por questões de gênero; Nos Estados Unidos, 4 milhões de mulheres apanham por ano, a cada 12 segundos uma mulher é golpeada e ocorre um espancamento a cada 18 minutos; a cada 9 segundos uma mulher é fisicamente violentada por seu companheiro; Na Bolívia, em caso de lesões, o marido só é punido se a mulher ficar incapacitada por mais de 30 dias; O espancamento de filhos e os crimes passionais ocorrem na mesma proporção em todas as classes sociais.

Como é sabido, não basta afirmar a igualdade formal, ignorando as disparidades sociais ainda existentes, visto que militaria contra a concretização da desejada igualdade material, negando-se, assim, o objetivo a que a Carta Política buscou atingir. É indubitável que, não obstante a igualdade substancial entre homens e mulheres (essência humana), remanesce a disparidade social.

Vale dizer, o tratamento distinto não se dá unicamente em razão do sexo, como pressuposto, mas em virtude das circunstâncias a que estão sujeitas as mulheres, inclusive em atenção à diferença de força física (em regra), que potencializa a violência.

Ademais, a busca pela igualdade material entre homens e mulheres é diretriz traçada pelo Poder Constituinte, a despeito da regra contida no art. 5º, I, visto que a Constituição prevê tratamento diferenciado em relação à mulher, a exemplo do que ocorre com a licença à

⁸⁵ http://wmv.mariaberenicedias.com.br/siie/content.php?cont_id=154&isPopUp=tTue. Acesso em 28/10/2012.

gestante (art. 7º XVIII)⁸⁶; proteção ao mercado de trabalho (art. 7º, XX)⁸⁷; e prazo menor para obter a aposentadoria por tempo de serviço (art. 40, III, a e b, e 201, § 7º, I e II)⁸⁸.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸⁹, em relação ao princípio da isonomia, também ressalta a necessidade de o intérprete considerar as circunstâncias fáticas reguladas. Nesse sentido, confira-se:

A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. E necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Logo, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a legitimidade no tratamento diferenciado entre homens e mulheres, fundado em critérios razoáveis, a exemplo de diferenças naturais ou sociais, a fim de atender ao princípio da igualdade material.

5.2 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Outra controvérsia quanto à inconstitucionalidade da Lei 11.340/09, refere-se à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária (art. 125, § 1º c/c Art. 96, II, d, CF), supostamente vulnerada pelo artigo 33 da Lei nº 11.340/2006⁹⁰, que dispõe

⁸⁶ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII. licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

⁸⁷ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

⁸⁸ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo: III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

⁸⁹ ADI 3305/DF, Relator(a): Min. EROS GRAU, DJ 24-11-2006.

⁹⁰ Lei 11.340/06 - 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. Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

sobre a competência das varas criminais para conhecer e julgar causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Segundo o artigo 22, inciso I da Constituição Federal⁹¹, compete privativamente à União legislar sobre Direito Processual, de forma a conferir tratamento uniforme a determinadas questões, em especial as que extrapolam os interesses regionais dos Estados, como é o combate internacional à violência doméstica ou familiar contra mulher.

No entanto, caberá ao Estado o detalhamento das peculiaridades locais, a exemplo da definição do número de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, desde que observe as diretrizes gerais traçadas pela União.

Objeto inclusive de enunciados aprovados no III Encontro dos Juízes de Juizados Especiais Criminais e de Turma Recursais - Armação dos Búzios -, 01 a 03 de setembro de 2006 (III EJJETR).

Com efeito, a Lei n° 11.340/2006 não trata do detalhamento típico da organização judiciária do Estado, mas apenas regula matéria processual pertinente à necessária especialização do juízo, bem assim determina a acumulação das competências cível e criminal em Vara Criminal (até a criação dos Juizados), de forma a conferir celeridade à solução de questões sabidamente interdependentes e urgentes, como é o combate à violência doméstica, que, geralmente, envolve aspectos penais e cíveis.

Com efeito, outras leis com natureza processual foram editadas pela União, sem questionamentos acerca da constitucionalidade, a exemplo da Lei n° 9.938/99, que afastou aplicação da Lei n° 9.099/95 do âmbito dos crimes militares, bem assim da Lei n° 9.278/1996, que, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do juízo da Vara de Família.

Além disso, como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence⁹², ao julgar o Recurso Extraordinário n° 141.209, relativo à validade do artigo 650 do Código de Processo Penal⁹³, que prevê competência originária por prerrogativa de função, inclusive na órbita da jurisdição

⁹¹ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

⁹² RE 141.209, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-2-92, DJ de 20-3-92.

⁹³ Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de habeas corpus: I - ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no Art. 101, I, g, da Constituição; II - aos Tribunais de Apelação, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos aos governadores ou interventores dos Estados ou Territórios e ao prefeito do Distrito Federal, ou a seus secretários, ou aos chefes de Polícia. § 1o. A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição. § 2o. Não cabe o habeas corpus contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

dos Estados, impõe-se ao Estado observar o raio mínimo imposto pela ordem central, e fixar-lhe a área total. Confira-se:

Habeas corpus: competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo: coação imputada a membro do Ministério Público Estadual. Da Constituição do Estado de São Paulo (art. 74, IV), em combinação com o art. 96, III, da Constituição Federal, resulta a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar habeas corpus quando a coação ou ameaça seja atribuída a membro do Ministério Público local; nesse ponto, o preceito da Constituição estadual não ofende a competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (CF, art. 22, I). Não é exaustivo o rol dos casos de habeas corpus de competência originária dos Tribunais de Justiça, constante do art. 650 CPrPen., porque a competência originária por prerrogativa de função, dita *ratione personae* ou *ratione muneris*, quando conferida pela Constituição da República ou por lei federal, na órbita da jurisdição dos Estados, impõe-se como mínimo a ser observado pelo ordenamento local: a este, no entanto, é que incumbe, respeitado o raio mínimo imposto pela ordem central, fixar-lhe a área total. A matéria de que se cuida, relativa a competência material por prerrogativa de função, não é da área estrita do direito processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída (v.g., J. Frederico Marques), e ficou reforçado pelo art. 125 da vigente Constituição da República. Tanto mais se legitima a norma questionada da Constituição local quanto é ela que melhor se ajusta, ao correspondente modelo federal, no qual — com a única exceção da hipótese de figurar como coator um Ministro de Estado — o princípio reitor é conferir a competência originária para o habeas corpus ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de que seja acusado a autoridade coatora.

Por fim, vale ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, através da Recomendação nº 9, de 06 de março de 2007.

5.3 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E A NÃO APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI Nº 9.099/95

Argumenta-se que o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006⁹⁴, ao vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95 à violência doméstica e familiar contra a mulher, teria afrontado a competência estabelecida pelo artigo 98, I, da Constituição Federal, que prevê a criação dos Juizados Especiais, para processar e julgar as infrações penais consideradas de pequeno potencial ofensivo.

No ponto, o Poder Constituinte não pré-selecionou o critério a ser valorado para definição de crimes de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais, ao contrário, cometeu ao legislador infraconstitucional a tarefa de concretizar o comando normativo (mediação legislativa).

⁹⁴ Lei 11.340/06 - 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.

Assim, cabe ao legislador infraconstitucional, observado o princípio da razoabilidade, selecionar um ou mais critérios para definição do que se considera "menor potencial ofensivo".

Dessa forma, o fato de o legislador ter escolhido, em determinado momento, o quantitativo de pena, não o impede de estabelecer outros critérios qualitativos, como, por exemplo, não ter sido o crime praticado contra a pessoa, no caso, contra a mulher, com vínculo doméstico ou familiar.

Ademais, percebe-se que a consideração da violência doméstica ou familiar contra as mulheres como crime de menor potencial ofensivo choca-se com os dados estatísticos já colacionados, e ignora o desastroso efeito nocivo à sociedade.

A Lei Maria da Penha, ademais, afastou a aplicação dos institutos despenalizadores contidos na Lei nº 9.099/95, tais como transação e composição civil, tendo em vista a ineficácia de tais medidas para coibir a violência doméstica ou familiar.

Marcelo Lessa Bastos⁹⁵ também defende a constitucionalidade da redefinição dos crimes de menor potencial ofensivo, especialmente ante a ineficácia da Lei nº 9.099/95.

A violência de gênero é, talvez, a mais preocupante forma de violência, porque, literalmente, a vítima, nesses casos, por absoluta falta de alternativa, é obrigada a dormir com o inimigo. É um tipo de violência que, na maioria das vezes, ocorre onde deveria ser um local de recesso e harmonia, onde deveria imperar um ambiente de respeito e afeto, que é o lar, o seio familiar.

Um antecedente legislativo ocorreu em 2002, através da Lei nº 10.455/02, que acrescentou ao parágrafo único do art., 69 da Lei nº 9.099/95 a previsão de uma medida cautelar, de natureza penal, consistente no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica, a ser decretada pelo Juiz do Juizado Especial Criminal. Outro antecedente ocorreu em 2004, com a Lei nº 10.886/04, que criou, no art. 129 do Código Penal, um subtipo de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de 3 (três) para 6 (seis) meses.

Nenhum dos antecedentes empolgou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, infelizmente. Isto porque a questão continuava sob o pálio dos Juizados Especiais Criminais e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Alguma coisa precisava ser feita: era imperiosa uma autêntica ação afirmativa em favor da mulher vítima de

⁹⁵ Disponível em: www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/violen.ciacriminalidademarcelolessa_bastos.pdf. Acesso em 28/10/2012.

violência doméstica, a desafiar a igualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre eles a igualdade material.

Veio, então, a Lei em comento — a *Lei Maria da Penha* - cuja origem está no fracasso dos Juizados Especiais Criminais, no grande fiasco que se tornou a operação dos institutos da Lei nº 9.099/95, não por culpa do Legislador, ressalva-se, mas, sem dúvida, por culpa do operador do Juizado, leiam-se, Juízes e Promotores de Justiça, que colocaram em prática uma série de enunciados firmados sem o menor compromisso doutrinário e ao arrepio de qualquer norma jurídica vigente, transmitindo a impressão de que tudo se fez e se faz com um pragmatismo encomendado simplesmente e tão-somente para diminuir o volume de trabalho dos Juizados Especiais Criminais.

Argumenta-se ainda que o legislador poderia majorar as penas dos crimes praticados contras as mulheres, com vínculo doméstico ou familiar, mediante inserção de qualificadoras, de forma a excluí-los do âmbito dos Juizados Especiais, a exemplo do ocorrido com a Lei nº 9.839, de 27.9.1999, que determinou a inaplicação da Lei nº 9.099/95 à Justiça Militar. No entanto, em virtude de política criminal, preferiu a medida menos gravosa: apenas afastar as medidas despenalizadores, sem aumentar as penas.

6 METODOLOGIA

No presente trabalho monográfico apresentamos uma abordagem do sistema jurídico vigente em nosso país enfocando se é tecnicamente correta a política adotada pelo poder legislativo para a elaboração da *Lei Maria da Penha*, se foram observados os princípios e normas constitucionais para criação da mesma, se é razoável a aplicação da norma pelos tribunais, e se, do ponto de vista prático a norma atende as necessidades sociais.

Verificamos, segundo os princípios constitucionais e penais o posicionamento doutrinário e jurisprudencial predominante sobre os aspectos constitucionais da Lei 11.340/06 de 07 de agosto de 2006..

Analisamos os aspectos relativos as funções do direito penal, bem como a necessidade da violência doméstica estar inserida no âmbito criminal. Foi verificada a relação entre o princípio da igualdade e o *descrímen* estabelecido pelo legislador na edição da lei, a possibilidade deste ao normativo afastar a aplicabilidade de uma lei menos gravosa para o réu, e a legitimidade do legislador federal para prever a acumulação pelas varas criminais de competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher até que sejam implantados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A decisão quanto a metodologia a ser aplicada no desenvolvimento deste trabalho partiu inicialmente da definição do tema a ser abordado evitando elaborar uma tese que levantasse muitos temas e que, de certa forma ampliasse o risco de elaborar uma enfadonha resenha de nomes e opiniões correntes ou uma obra original, porém, com imperdoáveis omissões.

O levantamento foi baseado fundamentalmente na coleta e análise das ideias e conceitos doutrinários obtidos em livros, revistas especializadas, congressos e conferências, sites jurídicos não só relacionados ao tema específico, mais também às questões norteadoras, bem como à pesquisa de decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

Os elementos obtidos através das fontes citadas foram organizados de forma encadeada, demonstrando a hipótese suscitada, desenvolvendo as questões afetas a fim de se chegar à conclusão.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A banalização da violência doméstica enquanto parte inexorável das relações de casal ou mesmo das relações entre ex-casais com o prevalescimento do adágio de que "em briga de marido e mulher não se mete a colher" são fatores que impedem o reconhecimento da violência de gênero, tornando-a invisível não apenas para as vítimas, que se conformam com seu "destino biológico", mas também para a sociedade e para o Estado, na medida em que recusam ao problema um caráter social e de saúde pública, a demandar ações institucionais de conscientização, prevenção e erradicação.

A invisibilidade de que falamos trata, portanto, da falta de reconhecimento de certos acontecimentos como sendo da sociedade como um todo e, por isso, devem ser alvo de propostas de resolução de caráter público para todos, e não de cunho estritamente individual. São problemas para os quais cabem ações públicas e políticas sociais apropriadas, como programas de esclarecimentos públicos, campanhas antiviolença em meios de comunicação social como rádios, televisões, jornais, revistas etc., além programas de apoio em instituições de assistência.

A visibilidade da violência de gênero, no âmbito doméstico, demanda o reconhecimento da violência contra a mulher enquanto uma violação de direitos humanos, uma violação que acarreta sérios danos à saúde física e psíquica das vítimas e, como tal, exige intervenção coordenada e interdisciplinar, tanto quanto qualquer outro problema social enfrentado em nível institucional. Em outras palavras, é preciso desprivatizar o conflito de gênero, tornar evidente e palpável a relação de poder imposta mediante violência no âmbito doméstico.

E é exatamente isto o que pretende proporcionar a recente Lei n. 11.340/06, instrumento normativo que teve por escopo oferecer tutela integral à mulher vítima de violência doméstica, contemplando não apenas medidas diferenciadas de natureza penal e processual penal como também medidas protetivas à vítima, seus familiares e eventuais testemunhas. Complementando a rede de políticas públicas necessárias ao enfrentamento do problema, enumera ainda medidas de prevenção e conscientização de caráter genérico – campanhas educativas – e específico – sensibilização dos operadores do direito, acadêmicos e policiais, bem como de assistência às vítimas de violência.

Sobreleva, ainda, o caráter didático do artigo 7º haja vista que, conforme anteriormente exposto, uma das dificuldades para o enfrentamento deste grave problema social é justamente sua "invisibilidade", ou seja, o seu não reconhecimento enquanto ato de

violência. Assim, foi preciso não apenas delimitar como também exemplificar exatamente em que consistia a violência praticada no âmbito doméstico, no intuito de que as próprias vítimas se reconhecessem nesta situação.

No âmbito processual penal, uma das grandes novidades reside na mudança quanto à exigência de condição de procedibilidade para o exercício da ação penal. Com efeito, em caso de ocorrência de lesões corporais - sejam leves, graves ou gravíssimas -, a titularidade da ação penal é do Ministério Público, agora independentemente de representação da vítima. Para a promoção da ação penal, passa a ser suficiente a lavratura da ocorrência policial ou do auto de prisão em flagrante (ação penal pública incondicionada).

Trata-se de medida isonômica, na medida em que equiparou as vítimas de crimes que envolvem violência contra a pessoa (como, por exemplo, as lesões praticadas em contexto de violência doméstica) às vítimas de outros crimes considerados menos gravosos sob a ótica subjetiva – tais como o furto, o estelionato, a receptação dentre outros –, cuja tutela dos respectivos bens jurídicos ficava a cargo do Ministério Público sem qualquer exigência de natureza procedimental.

Porém, a agilidade do procedimento, caracterizada pela possibilidade de oferecimento de composição civil e transação penal, em muitos casos posteriormente é considerada inócua por muitas vítimas, que se consideram "não ouvidas" ou "forçadas a um acordo". Ou seja, o aspecto positivo do procedimento dos juizados – agilidade, informalidade e espírito conciliador – foi ofuscado pelo negativo - sensação de ineficácia do provimento judicial, de "injustiça" relatada pelas vítimas.

No particular, insta destacar o sentimento generalizado de irrelevância de seus papéis enquanto sujeitos sociais e de direito simbolizada pela máxima "não sentir-se ouvida" bem como a ausência de resposta pronta e eficaz, na medida em que o provimento jurisdicional, além de demorado, não correspondia às expectativas das vítimas, porquanto na maioria das vezes não impedia o prosseguimento dos atos de violência, tampouco implicava em punição efetiva dos anteriormente praticados.

Uma vez evidenciada a ausência de eficácia subjetiva do provimento jurisdicional obtido por intermédio da Lei n. 9.099/95, foi preciso buscar soluções que efetivamente oferecessem às vítimas de violência doméstica o necessário acesso à justiça, o qual não pode ser compreendido de outra maneira que não pela via da tutela integral institucionalizada – preventiva, protetiva, assistencial e, em último caso, também repressiva.

O acesso à justiça, no contexto de um sistema jurídico que se pretenda igualitário e proclamador da cidadania, pode ser definido como instância a um só tempo garantidora e

viabilizadora dos direitos humanos, capaz de realizá-los não apenas no sentido formal (previsibilidade legal) como também material (acessibilidade e efetividade dos dispositivos legais). Para tanto, é preciso reconhecer os direitos humanos de todos e também de cada grupo considerado em suas especificidades de gênero, etnia, classe social etc.

No que concerne especificamente ao tratamento conferido aos crimes cometidos em contexto de violência doméstica pela nova lei, é certo que o direito penal não se presta a motivar comportamentos – se assim o fosse, não se justificaria sequer sua existência, tamanha a profusão de tipos penais observada. Reconhece-se, neste ponto, uma das falácias do sistema de justiça criminal.

No entanto, considera-se um empecilho para o acesso à justiça a certeza de uma decisão desprovida de qualquer efetividade tanto para quem necessita como para quem é alvo do provimento jurisdicional (sensação generalizada de impunidade). É legítima e salutar a expectativa da sociedade por um mínimo de conteúdo ético no ato decisório.

Nesse cenário, pode-se concluir que os objetivos da Lei Maria da Penha transcendem a órbita da simples coerção penal e invadem o restrito espaço da privacidade conjugal para proteger o lado mais fraco da relação, quando esta relação não mais se mantiver dentro de um padrão de civilidade aceitável.

Por essa razão, acreditando que toda forma de violência deva ser veementemente combatida e que se a sociedade não é capaz de, por si só, resolver suas mazelas, deve o Estado promover formas de solução de tais males.

É certo que existem divergências interpretativas dos aspectos técnicos da Lei, no entanto, estas divergências não podem obstacularizar a sua aplicação, vez que devemos acreditar em seus objetivos transcendentais, já que o ser humano mantém ainda em si resquícios de animalidade não condizentes com a evolução social que nos encontramos e vez por outra se utiliza do poder da força para impor sua vontade.

Desta forma, tendo em conta que os outros meios de controle social não deram conta de reprimir a animalidade inerente ao ser humano, deve o Estado valer-se do Direito Penal (ultima *ratio*) para proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade, no caso, a vida e a integridade física e moral da mulher.

Portanto, buscando contextualizar os objetivos da Lei em comento com os objetivos do próprio Estado brasileiro, previstos na Constituição da República, de promover o bem de todos e assegurar a integridade da pessoa humana deve-se fazer uma interpretação da Lei em conformidade com a Constituição e, portanto, considerá-la constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de. **Sinopse de Direito Penal. Parte Geral.** 1 ed. São Paulo: Edijur, 2012.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Vol.1 - Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Sociedade e estado na filosofia política moderna.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.
- _____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** V. II. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- CASTRO. Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e Brasil.** 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. Lei Maria da Penha e as Uniões homoafetivas. Artigo publicado em 28/06/2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FREIRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** 49 ed. São Paulo: Global, 2004.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- HORTA, Ana Clécia Couto. **Evolução História do Direito e Escolas Penais.** Disponível em: <http://www.webartigos.com>. Acesso em 22.nov.2012.
- IPEA - **Políticas sociais - acompanhamento e análise nº 13** - edição especial.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal - Parte Geral.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Lições de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado. Parte Geral.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta.** São Paulo: RT, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. **Direito Constitucional.** 19 ed. Atual. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. V. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **A Mulher e o Debate sobre Direitos Humanos no Brasil.** Artigo publicado em 24.08.2004.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Lições preliminares de direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena - Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial.** Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2005.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses nas Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005.
- STANLEY, Botti Fernandes. **Da Fundamentação Racional do Jus Puniendi.** <http://www.jus.com.br/Revista/Texto>. Acesso em: 22/11/2012.
- ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.