



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FAJS - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito – 10º Semestre

RAFAEL ANTÔNIO DE SOUZA LIMA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA – VEDAÇÃO DA
INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.099/95, INTERPRETAÇÃO DOS DELITOS COMO
INFRAÇÕES DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO**

BRASÍLIA
2015

RAFAEL ANTÔNIO DE SOUZA LIMA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA – VEDAÇÃO DA
INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.099/95, INTERPRETAÇÃO DOS DELITOS COMO
INFRAÇÕES DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Néfi Cordeiro

BRASÍLIA
2015

Souza Lima, Rafael Antônio de

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA – VEDAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.099/95, INTERPRETAÇÃO DOS DELITOS COMO INFRAÇÕES DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO – Brasília-DF, Rafael Antônio de Souza Lima, 2015.

85 f.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Néfi Cordeiro

1. Violência Doméstica. 2. Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). 3. Constituição. 4. Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9099/95). 5. Suspensão Condicional do Processo. 6. Transação Penal.

À minha amada família, à minha esposa, pai e mãe,
aos meus queridos amigos, aos colegas e
professores que estiveram presentes em minha vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço, antes de tudo, a meu amado Deus Jeová por ter me dado forças para suportar todas as coisas.

Agradeço aos meus pais, Clésia e Jarbas, ao meu irmão Jarbas Souza, e à minha esposa Elice, pelo apoio e cobrança que me incentivaram a fazer sempre mais em minha carreira acadêmica, secular e espiritual, e à minha família pela educação, respeito, amor que sempre me ensinaram e demonstraram.

Agradeço, também, aos meus amigos e colegas de Faculdade pelo prazeroso convívio durante o curso.

Agradeço, finalmente, aos amigos e irmãos Nicollas, Bárbara, Renato, Sulyara, Samuel, Igor, Gilberto, Patrícia, Santiago e Taline pelos momentos de descontração, apoio e alegria, pelo companheirismo demonstrado; e à Norival e Francisca, Leandro e Karla Valadares, Bernardo Medina, Neuza e Elza pelo acolhimento, apoio e amor.

Agradeço à Prof. Christine Oliveira Peter da Silva pela paciência e colaboração e ao Prof. Orientador Néfi Cordeiro.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO A MULHER E A FAMÍLIA	16
2.1 Os direitos sociais e fundamentais à luz da Constituição	21
2.2 Os direitos constitucionais da mulher e da família	23
2.3 Do conflito entre os direitos fundamentais	25
3 HISTÓRIA DA LEI Nº 11.340/2006 E O DESAFIO DE ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....	26
3.1 A busca pelos direitos fundamentais da mulher.....	27
3.2 Da aplicação da Lei Maria da Penha	29
3.3 A busca pela igualdade.....	32
3.4 O aparelhamento do Estado no combate à violência doméstica	33
3.5 As mulheres vítimas de violência - o enfrentamento do problema no Distrito Federal.....	38
4 A JURISPRUDÊNCIA E A LEI Nº 11.340/06.....	43
4.1 Habeas Corpus nº 106.212 – Mato Grosso do Sul – Os fatos	43
4.1.1 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio	45
4.1.2 Voto do Ministro Luiz Fux	46
4.1.3 Voto do Ministro Dias Toffoli	47
4.1.4 Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	47
4.1.5 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	48
4.1.6 Voto do Ministro Joaquim Barbosa	48
4.1.7 Voto do Ministro Ayres Brito	48
4.1.8 Votos do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Ellen Grace.....	49
4.1.9 Voto do Ministro Presidente Cezar Peluso	49
4.1.10 Relatório final.....	50
4.2 Da constitucionalidade da Lei nº 11.340/06	50

4.3 Dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal na vida da mulher e da família	56
4.4 Da legitimidade do controle constitucional e a solução dos conflitos	58
5. A OFENSIVIDADE DAS INFRAÇÕES COMETIDAS NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR.....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A - AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA LEI MARIA DA PENHA, MORTALIDADE DE MULHERES POR AGRESSÕES ANTES E APÓS A VIGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.....	80
ANEXO B - NÚMERO E TAXAS DE HOMICÍDIO FEMININO (EM 100 MIL MULHERES) PELAS TRÊS MAIORES E MENORES POSIÇÕES POR UF. BRASIL. 2010.....	81
ANEXO C - PERCENTUAL DE VÍTIMAS DE AGRESSÃO FÍSICA NA PRÓPRIA RESIDÊNCIA EM RELAÇÃO AO TOTAL DE PESSOAS QUE SOFRERAM VIOLÊNCIA POR SEXO E UF/REGIÃO.....	82
ANEXO D – NÚMERO DE VARAS/JUIZADOS EXCLUSIVOS CRIADOS POR ANO.....	83

RESUMO

No presente trabalho de pesquisa, analisou-se o julgamento do HC nº 106.212-MS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao qual foi posteriormente atribuído efeito *erga omnis* pela ADC nº 19, que teve por objetivo estabelecer, no Brasil, uma interpretação judicial uniforme dos dispositivos contidos na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Analisa-se jurisprudência, legislação, convenções, conferências, comissões investigativas, pesquisas que avaliam as disparidades e desigualdade de gênero. Utiliza-se a metodologia qualitativa, por tratar-se de estudo acerca de fenômeno social, de estudo bibliográfico (livros, teses de doutorado e dissertação de mestrado, artigos científicos, relatórios e Convenção de Direitos Humanos, jornais, material disponibilizado na *internet* e documental) e material colhido por meio da técnica de observação do autor da pesquisa, o qual trabalha no 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), situado no Distrito Federal. Vislumbram-se pontos positivos da jurisprudência, qual seja, reconhecer a constitucionalidade da Lei, e negativos, principalmente quanto à inaplicabilidade Lei nº 9.099/95 e os benefícios previstos nesta, a incondicionalidade da ação penal pública quando se trata de crimes de lesão corporal e a mitigação da capacidade de retratação da vítima; bem como no contexto jurídico, faz-se a análise do modelo de controle de constitucionalidade que poderia, em tese, alcançar melhores resultados na aplicação da lei ao contexto fático. Há uma expectativa do autor dessa pesquisa, em ver o empoderamento da mulher em consequência da política de intervenção estatal mínima, conferindo-lhe uma nova perspectiva de vida, validando-se os direitos fundamentais da mulher e da família.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Gênero. Violência contra a Mulher. Empoderamento. Direitos Fundamentais. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

In the present research, we analyzed the *Habeas Corpus* nº 106.212-MS, judged by the Federal Supreme Court (STF), which was subsequently assigned *erga omnes* effect for ADC - 19, which aimed to establish, in Brazil, a uniform judicial interpretation of the devices contained in Law Nº. 11,340 / 2006 (Maria da Penha Law). Is analyzed case law, legislation, conventions, conferences, investigative commissions, studies that evaluate disparities and gender inequality. Is used the qualitative methodology, for being the study of social phenomena, bibliographic study (books, doctoral dissertations and master thesis, scientific articles, reports and Convention on Human Rights, newspapers, material available on the internet and documental) and material collected by observation technique of the author of the research, which works on the 1st Claims Court Family and Domestic Violence Against Women, Court of Justice of the Federal District and Territories (TJDFT) located in the Federal District. Brighten its positive points of the case law, namely, recognizes the constitutionality of Law, and negative, especially as to the inapplicability Law No. 9.099/95 and the benefits foreseen in this, absoluteness of public prosecution in the case of crimes of bodily injury and the mitigation ability of the victim's recantation; as well as in the legal context, makes the analysis of the constitutionality control model that could, in theory, achieve better results in law enforcement to the factual context. There is an expectation of the author of this research, see the empowerment of women as a result of minimal state intervention policy and giving you a new perspective of life, validating the fundamental rights of women and the family.

Keywords: Maria da Penha Law. Genre. Violence against Women. Empowerment. Fundamental Rights. Control of Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa busca analisar a situação em que se encontra o Brasil no que se refere à erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher. Ademais, pretende-se investigar precedentes sobre a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)¹, à luz dos direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal (CF) de 1988. Busca-se também a compreensão da norma constitucional, que deve dar suporte ao estado constitucional e à sociedade civil de direitos fundamentais².

A busca da emancipação e a igualdade de gênero da mulher é uma luta que se arrasta por décadas e essa desigualdade afronta a estabilidade e a dignidade humana em todo o mundo, uma vez que se trata de uma violência doméstica e familiar, deixando os governantes impotentes com o aumento dessas ocorrências. E, nem sempre as mulheres denunciam seus agressores, e esse silêncio permite ao agressor a repetição do seu ato inúmeras vezes, podendo ocorrer o mais alto grau da violência que é a morte.^{3 4}

A violência doméstica é mal institucionalizado dentro das famílias, que muitas das vezes os filhos como vítimas também vivenciam o medo e a dor, ou se tornam pessoas revoltadas por causa da impotência familiar em fazer algo que modifique o quadro em que a mulher se vê desvalorizada no ambiente doméstico,

¹ BRASIL. *Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília-DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 7 agosto 2012.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1999.

³ BRASIL. Senado Federal. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher*. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>> Acesso em: 30 ago. 2012.

⁴ PEREIRA, Mariana Alvarenga Eghrari. *Violência contra a mulher: até quando?* In: Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Seminário de Capacitação para juizes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Brasília: FNEDH, 2006. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

sendo agredida sem poder contar com qualquer auxílio, pois, na maioria das vezes, é dependente do agressor.⁵

A sistemática violência doméstica contra as mulheres, meninas, adolescentes, jovens, adultas e idosas vem-se perpetuando por longas gerações, que oprime e avilta o ser humano. Constata-se que essa violência permeia toda a humanidade, em todos os países, raças, religiões e classes sociais. Não se trata de um problema esporádico, uma vez que no dia a dia da relação humana, as ofensas geradas envolvendo a moral, psicológico, sexo, classe social, raça, religião, criação de filhos, humilhações e acusações infinitas são feitas destruindo as relações humanas nas famílias, com um saldo dos mais perversos da humanidade; e, estas às vezes resultam em morte.

Essa violência configura-se uma situação gravíssima com consequências que são recorrentes sobre a saúde física e mental, reduzindo o potencial da vítima no convívio de trabalho, escola, ambiente familiar, ou seja, há um prejuízo imensurável para a vítima. No presente estudo, a maioria dos Ministros da Corte Suprema do País se colocou veementemente a favor de que se cumpram os ditames da Lei Maria da Penha.⁶

A violência doméstica contra a mulher acarreta graves problemas, vez que ocorre no meio da família trazendo-lhe humilhações e preconceitos, sendo ofendidas e potencializando a degradação humana, por palavras e ações, feitas por seus companheiros ou maridos, sendo um desrespeito aos direitos humanos, deixando-as impedidas de desfrutarem liberdades fundamentais como fazer um passeio, devido ao medo, à vergonha, e ao embaraço que essa situação causa. Elas sofrem mudanças drásticas de comportamento de seus parceiros íntimos, daqueles com quem convivem e se relacionam, tornam-se motivo de piada dos amigos, parentes e familiares, os quais zombam da falta de coragem da vítima denunciar ou pelas justificativas que não convencem. Devido às pressões psicológicas experimentadas, tornam-se pessoas isoladas do convívio social, familiar, econômico e lazer. Essas atitudes reforçam e aumentam o número de pessoas que são vítimas, surgindo nesse universo o aumento de violência entre jovens, que no passado havia maior respeito e raramente se ouvia falar que um parceiro tivesse agredido sua

⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.p. 45.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Violência doméstica – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. s.n.t.

parceira a ponto de causar-lhe a morte. Outro fato estarrecedor é que a violência física se dá pelo parceiro íntimo, aquele que convive como marido ou companheiro que a força a manter relações sexuais, cometem abusos e estupros.

Há ainda a violência patrimonial, em que as mulheres são presas fáceis dos seus algozes, pois se aproximam dessas mulheres, as quais por solidão acabam se envolvendo e esse parceiro é um criminoso, o qual anuncia seu crime sem o menor pudor em mesas de bares, em suas famílias, e ainda dizem que as mulheres gostam de serem violentadas, e que isso tem um preço, suportá-las seja porque são feias, mais velhas ou qualquer motivo sórdido e desumano.

Em termos de combate à violência doméstica, as autoridades brasileiras se empenham em reduzir ou erradicar essa violência contra as mulheres para uma sociedade livre, soberana e absoluta. Mas existe um grande abismo entre o real e o ideal quanto ao histórico das mulheres sofrerem violência em seus lares e não possuírem formas capazes de proteção. Devido a essas violências, as vítimas de maus tratos em seus lares, famílias, são pessoas que ficarão marcadas para o resto de suas vidas, inclusive ficam impossibilitadas de iniciarem novos relacionamentos, adquirem doenças físicas e psíquicas, e, por causa dos traumas sofridos, deixam de confiar em outro parceiro.

O Brasil, como muitos outros países, desde há muito tempo vem enfrentando a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem, contudo, obter resultados satisfatórios, conforme constatações obtidas no *World Economic Forum* de 2005 de que nenhum país, até o momento, conseguiu eliminar a disparidade entre os sexos⁷. Embora os países nórdicos tenham conseguido reduzi-la aos mais baixos índices, dos quais a Suécia detém a liderança mundial, ainda é insatisfatório. Nesse levantamento, o Brasil ocupa o 51º lugar, dentre os 58 países presentes, fazendo com que essa realidade nos traga à memória a perpetuação de políticas governamentais que insuficientes a dar cumprimento ao que preconiza a Constituição Federal (CF) de 1988, em seus artigos 5º e 6º, sendo que a estes direitos sociais compreendem também o direito à família, os quais deveriam receber especial tratamento por parte do Estado, conforme art. 226 a 230, da Constituição. Nesse aspecto, o Brasil como Estado-Parte desrespeita concomitantemente a Constituição Federal de 1988 e as decisões da Comissão Interamericana de Direitos

⁷ LOPEZ-CLAROS, Augusto. WORLD ECONOMIC FORUM. *Empoderamento das Mulheres: Avaliação das Disparidades Globais de Gênero*. 2005.

Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, que convencionou acerca da eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher⁸.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê direitos e garantias fundamentais, as mulheres estão se conscientizando, seja por intermédio da educação e profissionalização, seja por determinação, “da necessidade de empoderamento das mulheres com medidas para aumentar a equidade social, econômica e política e ampliar o acesso a direitos humanos fundamentais”. Essa mudança de comportamento e de visão social busca melhorar a nutrição, saúde básica e educação. Nessa perspectiva de conscientização sobre a situação de subordinação da mulher, percebe-se que equidade de gênero é estágio de desenvolvimento humano, que faz com que os direitos, as responsabilidades e as oportunidades não sejam determinadas pelo fato do indivíduo ser homem ou mulher.⁹

A presente pesquisa se baseou no estudo metodológico qualitativo, de fontes bibliográficas e da técnica observação participante, uma vez que o autor desse trabalho é servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), portanto tornou possível utilizar-se de dados do exercício do dia a dia em seu local de trabalho e também observar os procedimentos adotados e a situação de risco a que essas mulheres estão submetidas. A pesquisa também será dividida em uma análise sobre os Direitos Fundamentais, histórico e análise da Jurisprudência existente sobre a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), sem, contudo, uma abrangência total, por ser impossível tal empreitada.

O estudo em tela busca investigar os julgados do Supremo Tribunal Federal – STF que tem por objetivo analisar a constitucionalidade dos dispositivos legais inseridos na Lei Maria da Penha no que diz respeito de iniciativa quanto à proposição da ação penal pública quando estiverem envolvidos casos de violência real; possibilidade de retratação da vítima em caso de lesão corporal; e inaplicabilidade dos benefícios da Lei nº 9.099/95.

⁸ Resolução 34/180, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/onu/mulher.com.br>>

⁹ LOPEZ-CLAROS, Augusto. WORLD ECONOMIC FORUM. *Empoderamento das Mulheres: Avaliação das Disparidades Globais de Gênero*. 2005, *passim*.

Noutro giro, visa ponderar se os julgados do Supremo foram eficientes na diminuição da violência doméstica ou se apenas desencadearam na limitação dos direitos e garantias constitucionais dos ditos ofensores, das famílias, violando a ideia de um estado constitucional que deve intervir minimamente nas relações particulares, considerando as especificidades das relações familiares e afetivas, verificando-se em segundo plano, diante da situação da violência doméstica, o modelo mais adequado de controle de constitucionalidade para obtenção da justiça social. Vez que, recomendado ao Brasil a criação de institutos para coibir a violência doméstica, em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.340, no entanto, após sua publicação, muito se discutiu acerca da constitucionalidade da referida lei, e ainda hoje é objeto de discussão.¹⁰ Ainda é muito discutido o alcance de seus institutos e como se aplicam seus dispositivos.

Objeto de vários recursos, habeas corpus, ações declaratórias de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade, tentou-se limitar ou estender os efeitos dos dispositivos contidos na Lei Maria da Penha para se alcançar a segurança e integridade física e mental das mulheres, sem, no entanto, primar por distintos direitos, garantias e princípios constitucionais de terceiros, quais sejam familiares, ou até mesmo daqueles que são chamados ofensores.

Diante de tal quadro, encontrar um meio de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos constitui desafios difíceis de serem alcançados, na medida em que dar prevalência a determinado direito ou garantia pode significar a mitigação de outro direito. Nesse sentido ao colidirem tais direitos, faz-se necessária profunda e correta análise para alcançar o ideal de justiça com o objetivo de atender à mulher em situação de violência, retirando de seu lar a violência. E, ao homem, garantindo a manutenção de seus direitos, e não aplicando ao homem, mera medida punitiva, demonstrando para a sociedade a existência do Estado que sabe punir, do Estado extremamente legalista contrário a tudo que preceitua em suas leis quanto aos objetivos primários, isto é, solucionar o problema existente no que diz respeito à convivência familiar livre de violência.

Nota-se no dia a dia forense que as questões que envolvem violência familiar e doméstica contra a mulher passam por diversos paradigmas complexos de solucionar, vez que envolve pessoas em conflito consigo mesmas,

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha*, comentada artigo por artigo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

sendo que a mera aplicação das sanções previstas em lei revela-se insuficiente para modificar as relações e garantir mudanças de comportamento necessárias à erradicação da violência doméstica contra a mulher e suas consequências no seio familiar.

Analisar-se-á ainda as implicações da intervenção estatal, no que concerne à liberdade do agressor que se vê processado criminalmente, face à impossibilidade de continuar a prover a família, quanto ao sustento, principalmente quando é o único a aferir renda para manutenção do grupo familiar, bem como a limitação da liberdade da vítima em manifestar o desejo de dar continuidade ou não ao procedimento penal que deu início com a representação criminal oferecida perante a autoridade pública.

Oportunamente, em Considerações Finais se darão as ponderações e quiçá algumas recomendações para futuros estudos.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO A MULHER E A FAMÍLIA

A busca por soluções que minimizassem a violência contra a mulher no seu ambiente doméstico tornou-se a tônica de muitas discussões no Brasil. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma perspectiva positiva nessa direção, pois os direitos humanos passaram a fazer parte dos ditames da nova Constituição, e a mulher vislumbraria a solução para a garantia desses direitos por meio de uma sistematização do direito constitucional, dando forma à proteção ao seu detentor (sujeito ativo) e a obrigação de respeitar ao destinatário (sujeito passivo)¹¹. Buscou-se por meio de várias teorias sistematizar aplicação de direitos fundamentais, e esses direitos fazem parte e ajudam a construir a forma de Estado e Constituição.

Segundo Canotilho não é possível se prender somente a uma teoria de direitos fundamentais para fins de interpretação constitucional, mas sim, deve haver a combinação de várias teorias a fim de possibilitar a compreensão da norma constitucional, ao passo que estas devem dar suporte a um estado constitucional de direitos fundamentais e a uma sociedade civil de direitos fundamentais.¹²

Silva citando Ferrajoli aponta que um dos “critérios para identificar os direitos fundamentais no plano axiológico é aquele que identifica direitos fundamentais com as expectativas vitais dos mais fracos”. Nesse diapasão a “racionalidade jurídica abstrata não dá conta de fundamentar direitos conquistados historicamente em processos de lutas que desvelam”, diante desse quadro tão confuso e de negação de direitos fundamentais constantes de todas as constituições do mundo, inclusive na brasileira de 1988. Frente a essas constatações em que se encontra a mulher violentada no seu meio mais sagrado, a família, que essa vergonha se dê em um ato “de normalidade e naturalidade oculto na opressão ou discriminação precedente”¹³. Continua afirmando que, “por outro lado, a eleição de

¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. – 2. Ed. ver. atual.ampl. - São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009. p. 70

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1999, p. 1309-1310.

¹³ FERRAJOLI apud SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 77, n. 3, p. 274-292, jul./set. 2011. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/27001/012_silva.pdf?sequence=4>. p. 276. Acesso em: 02 nov. 2013.

tal critério axiológico denota que a oposição entre fortes e fracos, entre poderosos e destituídos de poder”, que se o Estado não impuser o funcionamento daquilo que prevê a Lei Maria da Penha, o seu cumprimento, a mulher continuará fazendo parte de um quadro de estatística grave. Não se trata apenas que os direitos fundamentais sejam garantidos, pois já estão assegurados pela CF de 1988, contudo mais que isso é necessária sua efetiva prática desses direitos.¹⁴

Os direitos fundamentais já foram denominados como “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”, restando acolhidos na terminologia deste último. Segundo Silva é a expressão mais adequada, por se referir aos princípios conceptos do mundo e à ideologia política do ordenamento jurídico e designa as prerrogativas e instituições, concretizando garantias para uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, limitando os poderes estatais com a soberania popular.¹⁵

Pérez Luño assim definiu os *derechos humanos*:

*“como conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”*¹⁶

A definição de Pérez Luño, é, para alguns, a melhor definição de direitos fundamentais encontrada na doutrina. Pode-se somar também a completa definição de Peces-Barba, qual seja:

*“facultad que la norma atribuye protección a la persona em lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigen do el respecto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner em marcha el aparato coactivo de Estado en caso de infracción.”*¹⁷

¹⁴ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 77, n. 3, p. 274-292, jul./set. 2011. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/27001/012_silva.pdf?sequence=4>. *passim*. Acesso em: 02 nov. 2013.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 178.

¹⁶ LUÑO, Pérez; CASTRO, Cascajo; CID, Castro; TORRES, Gómez. *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistem*. Sevilla, Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1979. Apud: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 178.

¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. 2. Ed., Madrid, Tecnos. 1977. Apud: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 178-179

No que tange ao tema constante deste trabalho de pesquisa sobre direitos fundamentais, apesar de se tratar de assunto de difícil definição, pode ser citado o entendimento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, o qual assegura que é possível se identificar normas de direitos fundamentais não previstos na Constituição (1988) se verificado especial vínculo do bem jurídico protegido com “valores essenciais ao resguardo da dignidade humana” listados na Carta Magna.¹⁸

Silva conceitua direitos fundamentais como sendo “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Essas palavras se ajustam ao entendimento do tema central desta pesquisa, em função de que se a mulher tiver o amparo do Estado e a participação da sociedade poderá viver com mais dignidade. Sem essas garantias de que os direitos fundamentais serão cumpridos “a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”. Esse desejo surgiu desde quando a mulher iniciou sua luta por sua emancipação econômica, psicológica e social. O autor continua afirmando que a natureza “desses direitos são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. É nesse sentido que a Lei Maria da Penha foi criada, objetivando implantar mecanismos de defesa, de amparo e de solução para erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, e esses direitos estão previstos, pois a “CF 88 é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata”¹⁹.

Os doutrinadores Dimoulis e Martins propõem que os direitos fundamentais sejam direitos público-subjetivos de pessoas presentes no ordenamento constitucional e detêm caráter normativo supremo que limita o exercício do poder do Estado quando diante da liberdade individual, definição esta que permitiria definir como elementos dos direitos fundamentais, tais como os

¹⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 228-229

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006.

sujeitos da relação jurídica criada pelos direitos fundamentais, a finalidade destes e a sua posição no sistema jurídico.²⁰

Nesse sentido, o sistema positivista jurídico “exalta o valor segurança, enquanto o jusnaturalismo não se revela tão inflexível quanto a este valor, por se achar demais comprometido com os ideais de justiça e envolvido com as aspirações dos direitos humanos”, por considerar o jusnaturalismo inspirador de um “ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito...”. De outra ponta, sabe-se que o direito natural complementa o direito positivo. Ao longo do tempo, tais direitos não tiveram a mesma relevância para o cidadão, destacando-se a alternância da prevalência de uma corrente sobre a outra.^{21 22 23}

Segundo Hesse²⁴ “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”. Ressalte-se, portanto, que os direitos fundamentais são aqueles garantidos pela Constituição Federal de 1988 e ostentam qualidade de cláusulas pétreas. Estas constam do Art. 60, § 4º, elegendo-se aqui nesse caso a alínea IV: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” (...) “os direitos e garantias individuais”²⁵. Essa afirmativa faz com que, de fato, os direitos fundamentais, estejam vinculados ao Estado no tocante à concretização, aplicação, efetividade e respeito aos direitos fundamentais. Senão, vejamos os preceitos da Lei Maria da Penha, quanto a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para atuarem em todas as Unidades da Federação. Essas garantias quando efetivamente transformadas em ações afirmativas fazem com que o indivíduo tenha dignidade humana, e no tocante à mulher, que sofre violência doméstica e familiar, uma vida e

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. – 2. Ed. ver. atual. e ampl. - São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

²¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 42.

²² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 117.

²³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

²⁴ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*, in Benda e outros. *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 84-85. Apud: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

trabalho dignos, saúde, no local em que reside, no meio dos seus familiares, e principalmente com o parceiro íntimo.²⁶

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher de 2013 do Senado Federal, enunciou que o poder público tem a obrigação de garantir à mulher a devida proteção para efetivação dos seus direitos fundamentais.²⁷

²⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Saraiva, 2002.

²⁷ “Os artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06, conhecida por “Lei Maria da Penha”. Eis os preceitos que pretendem ver declarados harmônicos com a Carta Federal: Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. [...] Art. 33º 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. [...]”

11CPMI-2013, p. 284, item 1.3.8 - Rede de atendimento à mulher em situação de violência:

a) Centros de Referência de Atendimento à Mulher

Existem dois Centros de Referência de Atendimento à Mulher no Distrito Federal, que oferecem atendimentos psicológico, jurídico e de assistência social (Secretaria de Estado da Mulher, CPMIVCM 086).

b) Delegacias especializadas

Existe uma Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (Deam), localizada na região central de Brasília. Além disso, cada uma das 31 delegacias circunscricionais existentes no DF possui uma Seção de Atendimento à Mulher.

c) Juizados ou varas especializadas em violência doméstica e familiar contra a mulher

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios divide o Distrito Federal em dezessete circunscrições judiciárias, quatro das quais ainda não possuem Fórum de Justiça. Em seis circunscrições, os juizados especiais cível e criminal também processam, julgam e executam as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nas outras sete, há juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher.

d) Promotorias ou Núcleos especializados no Ministério Público

Existem dez Promotorias de Justiça especializadas em crimes praticados com violência doméstica contra a mulher: cinco em Brasília e cinco na Ceilândia. Existem outras 28 Promotorias de Justiça de atribuição mista que também atuam na área de violência doméstica.

Há, ainda, o Núcleo de Gênero do Ministério Público (Ministério Público, audiência pública 2012).

e) Núcleos especializados na Defensoria Pública

Existe um Núcleo de Defesa da Mulher, que atende às regiões de Brasília, Cruzeiro, Sudoeste, Lago Sul, Lago Norte, Varjão, Estrutural, Guará, SIA, Octogonal e Noroeste.

f) Perícia forense

Existe um Instituto Médico Legal no Distrito Federal, havendo uma seção especializada no atendimento à mulher, com entrada individualizada.

g) Casas-abrigo

Existe uma casa-abrigo no Distrito Federal, em local sigiloso, com capacidade para receber até sessenta pessoas, entre mulheres e dependentes. A casa conta com cuidadores e oferece atendimento psicológico, jurídico e de assistência social. O encaminhamento para o serviço é feito pela Deam e pelas varas de violência doméstica e juizados especiais criminais que acumulam essa competência (Secretaria de Estado da Mulher, Doc. CPMIVCM 086).

h) Serviços de atenção à saúde das mulheres em situação de violência

As garantias de direitos fundamentais constantes da CF de 1988 dá a impressão de que há permanentemente uma espécie de carência de a população brasileira receber do Estado uma superproteção, mas Norberto Bobbio, defendendo o positivismo explicou que se trata das garantias convencionadas “pelos homens, ou seja, são leis criadas por vontade de um legislador que abarcam diversas situações por meio do uso da razão.”^{28 29 30}

2.1 Os direitos sociais e fundamentais à luz da Constituição

Com o conceito de direitos fundamentais em mente, é necessário analisar o comportamento do Estado frente às garantias dos indivíduos. Ressalte-se que a Constituição de Weimar editada em 1919 serviu de base para algumas das instituições da Lei Fundamental de Bonn de 1949, transformando-se em importante modelo para as Constituições elaboradas no período entre as duas guerras, a ela se devendo a constitucionalização dos direitos sociais e da economia. Por sua vez, a Lei Fundamental de Bonn, aprendendo com os acertos e equívocos daquela experiência histórica conseguiu concretizar em seu texto a garantia efetiva dos direitos fundamentais e a institucionalização de um sistema de governo marcado por sua profunda democracia e estabilidade, como esses 60 anos que hoje celebramos podem demonstrar. Observa-se que as ideias de Bonn quanto aos direitos fundamentais constituem o “(...) “neoconstitucionalismo”, ou seja, de uma nova

Existem catorze serviços do gênero no DF: os Hospitais Regionais da Asa Norte, da Asa Sul, de Taguatinga, de Sobradinho, de Planaltina, de Ceilândia, do Guará, do Paranoá, de Brazlândia, de Samambaia e do Gama; o Hospital de Base, em Brasília; e os Hospitais Materno Infantil de Planaltina e de Brasília (HMIB). Contudo, apenas o HMIB está autorizado à prática do abortamento legal (Secretaria de Saúde, audiência pública 2012).

i) Núcleos de Atendimento da Subsecretaria de Proteção às Vítimas de Violência, da Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania

Existem dois desses núcleos no DF, destinados à defesa dos direitos humanos das vítimas de violência, que dispõem de equipe multidisciplinar para atender à busca espontânea, aos registros de ocorrência policial e aos encaminhamentos feitos pelo Poder Judiciário. Trata-se de assistência individualizada, sobretudo acionada nos casos de violência sexual, violência doméstica e homicídios.”(BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>>. Passim. Acesso em: 30 ago. 2012.)

²⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 42.

²⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 117.

³⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

“cultura jurídica” que conserve algumas características como “a importância dos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; “(...) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em relações privadas”; e, “(...) a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral”.³¹ Em verdade uma constituição intitulada cidadã, como a brasileira, não pode abrir mão de cumprir regras básicas da moral e dos bons costumes.

Tornou-se reconhecida a influência das Constituições de Weimar e Bonn sobre a Constituição Federal de 1988, pois aquelas Constituições eram típicas de um estado social, e tal estado seria de difícil “jurisdicização”, porquanto este era “o verdadeiro problema do Direito Constitucional”, estabelecer formas de garantir direitos sociais básicos e fazê-los efetivos.³²

O Estado constitucional surgiu por influência das revoluções burguesas, que defendiam princípios naturais inerentes à condição humana a serem protegidos pelo Estado, defendendo também a limitação do poder do Estado para evitar abusos que denegrissem os direitos individuais. Influenciado também pelos ideais do iluminismo, surgiu a figura do estado constitucional a fim de valorizar o homem, limitar o poder do Estado e a racionalizar o poder.^{33 34}

Kriele explica que os direitos humanos fixam condições e limitam e negam o poder de violar o direito a quem tem legitimidade para criá-lo e modifica-lo. Explica ainda que os direitos somente têm efeito perante outros direitos, sendo efetivos os direitos humanos se diante de um poder jurídico respeitado por aquele a quem cabe criar e modificar a lei - sendo determinante a divisão e independência dos poderes do Estado. “Os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial

³¹ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro, México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 4. Discurso proferido em 25.5.2009 na embaixada da República Federal da Alemanha por ocasião dos 60 anos da lei fundamental de Bonn.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* - 25. Ed. – São Paulo: Melheiros Editores. 2010. p. 373

³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília, 2002.

³⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição.”³⁵

Embora vinculados os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é a este último que cabe a defesa dos direitos violados ou ameaçados, e é este quem pode conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais. Segundo Hamilton, em governos cujos poderes se diferem, o Judiciário que se limita a tão somente julgar é o poder que menos teria capacidade para ofender e violar a constituição, pois não tem o poder da espada que tem o Executivo, nem tem o poder regulador do Legislativo. É o Judiciário a “cidadela da justiça e da segurança pública”.³⁶

Assim, em um Estado constitucional, deve o poder Executivo realizar programas e políticas que visem dar efetividade aos direitos fundamentais, bem como deve abster-se de praticar atos que os violem; ao poder Legislativo cabe criar leis que beneficiem e deem amplo cumprimento aos preceitos constitucionais enquanto direitos fundamentais, estando proibido legislar de forma a limitar ou extinguir os direitos já garantidos; ao passo que cabe ao Judiciário julgar de acordo com os limites impostos pela Lei e pelos direitos fundamentais nela contidos, assim como diante de violações do Estado, decidir de forma a reverter os efeitos prejudiciais de tais violações, garantindo a máxima efetividade dos direitos fundamentais.³⁷

2.2 Os direitos constitucionais da mulher e da família

A Lei nº 11.340/2006 explanou em seus artigos 2º e 3º os direitos garantidos à mulher como os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, tais como o direito 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

³⁵ KRIELE, Marin. *Introducción a la teoría del Estado*, trad. Eugênio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 149-150. Apud: MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.); LEITE, George Salomão (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009. p. 374-375

³⁶ HAMILTON, Alexander et al. *Os juízes como guardiões da Constituição*. In: HAMILTON, Alexander et al. *O Federalista*. Brasília: Ed. UNB, 1984. Cap. 78. p. 577.

³⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.³⁸ Tais dispositivos enunciam direitos já preceituados e tutelados pela Constituição Federal em seus artigos 5º e 6º, sendo que a estes direitos sociais ainda integram o direito à família, eis que recebe especial tratamento por parte do Estado, conforme art. 226 a 230, da Constituição.

Os direitos constitucionais garantidos à família são direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais. Colnago e Capez definiram tais direitos como direitos de cunho econômico-social que objetivam melhorar as condições de trabalho e de vida dos indivíduos e dentro estes estão incluídos os direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e às pessoas portadoras de deficiência³⁹. Nesse caso, destacam-se os direitos sociais relativos à família, caracterizados assim também por Silva em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo e este esclarece que tais direitos “se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”⁴⁰

Sendo a família a base da sociedade e detentora de especial proteção do Estado que visa dar a cada membro da família assistência e também garante a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar, a fim de que se cumpram os direitos e deveres dos pais e filhos nas formas dos artigos 227, §6º e 229, ambos da Constituição Federal. Cada membro da família deve, juntamente com a sociedade e o Estado, assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴¹

³⁸ BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília-DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 7 ago. 2012.

³⁹ COLNAGO, Rodrigo; CAPEZ, Fernando (Coordenador). *Direitos Fundamentais*. In: COLNAGO, Rodrigo. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 72,73.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Conceito de direitos sociais*. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286-287

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *A família, Tutela da criança e do adolescente*. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 848-849

2.3 Do conflito entre os direitos fundamentais

No caso em tela, configura-se o que é chamado de colisão autêntica de direitos fundamentais, qual seja, o momento em que o exercício de um direito fundamental de um titular colide com o exercício do direito fundamental de outro titular. Como explica Andrade tal colisão se dá pelo fato de a Constituição proteger dois direitos em contradição concreta.⁴² No entanto, vale ressaltar que o conflito aqui presente se deu em razão de julgamento do STF em ações que colocavam em cheque dispositivos da Lei nº 11.340/06.

A doutrina explica como forma de solução para o conflito de direitos fundamentais, a aplicação de hierarquia entre as normas, ou a análise através do juízo de ponderação que em detrimento de um direito favorecerá o outro. Quanto ao primeiro, o ministro Gilmar Mendes explica que, em face da unidade e harmonia da Constituição, dar ordem hierárquica às normas de direitos fundamentais pode descaracterizá-las de forma que poderia descaracterizar a Constituição.⁴³ Outra hipótese é a solução do caso pelo legislador, quando a própria Constituição lhe confere poderes para limitação em lei ordinária (reserva legal), e esta não sendo possível, a solução do conflito ficará a cargo da jurisdição constitucional que realizará o juízo de ponderação entre bens e valores. Assim, de acordo com Alexy, uma vez impossível, enquanto colisão de dois direitos fundamentais, declarar inválido um para validar outro, deve-se solucionar cada caso ao analisar a importância de cada princípio e decidir por aquele que menos prejudicar o outro.⁴⁴

Portanto, qual direito fundamental deve-se garantir? A integridade física e mental da vítima? Ou a manutenção do núcleo familiar? Para isso, cabe analisar o histórico da lei, bem como a discussão acerca de sua constitucionalidade, os sujeitos a que se destina a lei, bem assim verificar a legitimidade de decidir dos órgãos jurisdicionais, e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a forma como elas influenciam a vida da mulher e da família.

⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987, p.220.

⁴³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 283.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 105.

3 HISTÓRIA DA LEI Nº 11.340/2006 E O DESAFIO DE ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, ficou conhecida como Lei Maria da Penha, em razão da luta travada no âmbito judicial nacional e internacional por Maria da Penha Maia Fernandes que por vinte anos lutou para ver seu agressor preso, seguem-se os fatos.

Maria da Penha Maia Fernandes é biofarmacêutica cearense, foi casada com o professor universitário, Marco Antonio Herredia Viveros, que no dia 29 de maio de 1983, atentou contra a vida da esposa disparando um tiro de espingarda. Maria da Penha levou um tiro nas costas enquanto dormia e o marido, diante do fato, negou a autoria do delito dizendo que o casal havia sido vítima de um assalto. O tiro disparado pelo agressor atingiu a coluna da vítima, destruindo a terceira e a quarta vértebras, deixando Maria da Penha paraplégica. A vítima relatou:

“Acordei de repente com um forte estampido dentro do quarto. Abri os olhos. Não vi ninguém. Tentei me mexer, mas não consegui. Imediatamente fechei os olhos e um só pensamento me ocorreu: "Meu Deus, o Marco me matou com um tiro". Um gosto estranho de metal se fez sentir forte na minha boca enquanto um borbulhamento nas minhas costas me deixou perplexa. Isso me fez permanecer com os olhos fechados, me fingindo de morta, pois temia que Marco me desse um segundo tiro.”⁴⁵

Não bastasse a tentativa de homicídio, depois de a vítima retornar para casa, Viveros empurrou Maria da Penha da cadeira de rodas e tentou electrocutá-la no chuveiro.⁴⁶

As investigações tiveram início em junho de 1983, sendo a denúncia apresentada pelo Ministério Público Estadual em 28 de setembro de 1984. Ao final da primeira fase do Tribunal do Júri o réu foi pronunciado em 31 de outubro de 1986. O primeiro julgamento do autor das agressões só ocorreu oito anos depois dos crimes e, em 4 de maio de 1991, o réu foi condenado, mas seus advogados

⁴⁵Artigo: Sobrevivi... o relato do caso Maria da Penha - Em 1998, o CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM-Brasil (Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), juntamente com a vítima Maria da Penha Maia Fernandes, encaminharam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) petição contra o Estado brasileiro, relativa ao paradigmático caso de violência doméstica por ela sofrido (caso Maria da Penha n.º 12.051). <http://www.cladem.org/litigio_internacional/MariadaPenha.pdf>, In: BRASIL. Poder Judiciário Do Estado Do Rio De Janeiro. Revista Jurídica nº 09. LEI MARIA DA PENHA.s.n.t. p. 03

⁴⁶FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi, posso contar. Ceará: CCDM/Secretaria de Cultura do Estado do Ceará,1994.

conseguiram anular o julgamento, em face de uma nulidade decorrente de falha na elaboração dos quesitos. Somente em 15 de março de 1996, perante um novo Conselho de Sentença, Viveros foi considerado culpado e condenado a dez anos de reclusão. Diante de nova apelação e recursos aos Tribunais Superiores, o autor dos fatos foi preso somente em setembro de 2002, dezenove anos após a prática dos delitos, cumprindo apenas dois anos de prisão, sendo colocado em regime aberto sem nem mesmo ter cumprido 1/3 da pena de 10 anos em regime fechado.

A decisão sobre o caso Maria da Penha causou indignação aos brasileiros, e o Jornal Folha de São Paulo fez uma reportagem intitulada: “O caso Maria da Penha datava de 25 anos atrás, e o Brasil “finalmente cumpre com a quase totalidade das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos)” realizando o pagamento, pelo governo do Ceará, da indenização pecuniária, que ocorrerá em meio a um ato público”.

A partir dessa data, concretizaria a justiça àquela mulher sofrida e sem dignidade, mediante o descaso e as “graves violações de direitos humanos, promovendo, assim, a reparação simbólica e material devida à vítima”. Nesse contexto, o Estado do Ceará aderiu ao Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres em cumprimento à Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha), cumprindo as medidas de reparação vinculadas a não-repetição de casos semelhantes.⁴⁷

3.1 A busca pelos direitos fundamentais da mulher

Pelo fato de a justiça brasileira não ter decidido o caso decorridos 15 anos, nem ao menos justificado a demora, com o apoio de Organizações Não Governamentais (Centro pela Justiça e o Direito Internacional - CEJIL e Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher- CLADEM), o caso de Maria da Penha Maia Fernandes foi levado até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos, que acatou a denúncia de violência doméstica em 20 de agosto de 1998. Foi então publicado, em

⁴⁷ AFFONSO, Beatriz; PENHA, Maria da; PANDJIARJIAN, Valéria. *O caso Maria da Penha*. São Paulo: 07 de julho de 2008, jornal Folha de São Paulo.

16 de abril de 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Relatório 54/2001.⁴⁸

Além das recomendações, o Brasil foi condenado ao pagamento de indenização de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha Maia Fernandes, devido à negligência e omissão em relação à violência doméstica, vez que à época do relatório, 2001, o processo penal corrente perante a justiça brasileira ainda não se encontrava transitado em julgado, o que ocorreria somente no ano seguinte.⁴⁹

⁴⁸ CASO 12.051, Relatório N° 54/01, (Maria da Penha Maia Fernandes) (BRASIL)

“67. No relatório 54/01 de 16 de abril de 2001, a CIDH formulou ao Estado brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável pela agressão e tentativa de homicídio contra senhora Maria da Penha Fernandes Maia.

2. Levar igualmente a cabo uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade por irregularidades ou atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável; e tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciais correspondentes.

3. Adotar, sem prejuízo das eventuais ações contra o responsável da agressão, medidas necessárias para que o Estado proporcione a vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, em particular sua falta em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por evitar com este atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Continuar e aprofundar o processo de reformas que evitem a tolerância estatal e o tratamento discriminatório a respeito da violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Em particular a Comissão recomenda:

a. Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b. Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possam reduzir os tempos processuais, sem afetar os direitos e garantias do devido processo legal;

c. O estabelecimento de formas alternativas aquelas judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflito intra-familiar, bem como de sensibilização a respeito de sua gravidade e das consequências penais que gera;

d. Multiplicar o número de delegações especiais da polícia para os direitos da mulher e dotá-las com os recursos especiais necessários para a efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como de recursos e apoio ao Ministério Público na preparação de seus relatórios judiciais;

e. Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas a compreensão da importância do respeito a mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como os conflitos intrafamiliares,

f. Informar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos dentro do prazo de sessenta dias contados a partir da transmissão do presente Relatório ao Estado, com um relatório de cumprimento destas recomendações para efeito do artigo 51(1) da Convenção Americana.

68. O Estado brasileiro informou a Comissão a respeito do processo seguido contra o responsável da agressão e tentativa de homicídio a que se refere a recomendação N° 1, supra. Informou igualmente que a vítima não havia sido indenizada. Relatou as iniciativas relativas aos aspectos legislativos inseridos nas recomendações transcritas supra.”(Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CASO 12.051, Relatório N° 54/01, (Maria da Penha Maia Fernandes) (BRASIL). S.I., 2011. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2001port/capitulo3c.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2013.)

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília-DF, 2006. Disponível

Presencia-se, nesse momento, o início do procedimento para o surgimento de uma lei para coibir a violência doméstica.

Iniciado o projeto em 2002 por 15 ONG's com trabalho voltado ao combate da violência doméstica, em 2004 por meio do Decreto nº 5.030/2004 foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, que elaborou o projeto de Lei sobre a violência doméstica, que foi enviado ao Congresso Nacional e finalmente em 22 de setembro de 2006 entra em vigor a Lei nº 11.340 sancionada pelo Presidente da República em 7 de agosto do mesmo ano.⁵⁰

3.2 Da aplicação da Lei Maria da Penha

A lei ora discutida trouxe a inovação no tocante a sua aplicabilidade, tratando como sujeito passivo tão somente indivíduos do gênero feminino. Embora leis anteriores já tivessem aplicação especial à alguma parcela da população, como é o caso dos Estatutos da Infância e da Juventude e do Idoso, a Lei Maria da Penha bem como os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher que foram criados para atender às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos passou a reprimir, coibir e prevenir as agressões físicas, morais, psicológicas, sexuais e patrimoniais praticados no âmbito doméstico, familiar e das relações íntimas de afeto praticadas contra a mulher.

Assim versa a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 em suas Disposições Preliminar e Gerais e na elucidação das Formas de Violência Doméstica e Familiar:

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

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião,

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 7 ago. 2012.

⁵⁰ Idem.

goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

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.

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.

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:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

[...]

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou

à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”⁵¹

Nota-se nos artigos supracitados a menção à mulher unicamente, não sendo a lei aplicável a indivíduos do sexo masculino:

“A *mens legis* da Lei 11.340/2006 foi coibir e reprimir toda ação ou omissão contra o gênero mulher capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico. A criação das varas de violência doméstica e familiar contra a mulher objetiva facilitar a aplicação das medidas de assistência e proteção da Lei 11.340/2006, que protege exclusivamente a vítima do sexo feminino, não abrangendo as agressões contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas no ambiente doméstico ou familiar” (TJDFT, CC 277.428, rel. George Leite Lopes, j. 02.07.2007, DJ 09.08.2007, p. 106).”⁵²

A Lei nº 11.340/06 trouxe uma nova redação ao §9º do Artigo 129 do Código Penal, criando assim, o crime “Violência Doméstica”, sendo este o amparo legal e repressivo adequado aos casos de violência no âmbito doméstico, familiar e das relações íntimas de afeto praticada contra os indivíduos não amparados pela Lei Maria da Penha:

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 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.”⁵³

⁵¹ BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília-DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 7 ago. 2012.

⁵² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha*, comentada artigo por artigo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 54

⁵³ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro-RJ, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25 ago. 2012.

Assim, em conformidade com os artigos 1º a 5º e 7º da Lei nº 11.340/06, esta se aplica tão somente quando da prática de qualquer das formas de violência descrita no art. 7º, nos âmbitos descritos no art. 5º em desfavor da mulher, figurando esta no pólo passivo, entendendo-se como mulher toda aquela que tem identidade com o sexo feminino.⁵⁴

3.3 A busca pela igualdade

Conforme já explanado, a busca pela igualdade entre os gêneros foi um dos pontos mais discutidos na doutrina e jurisprudência, eis que dava especial proteção aos indivíduos do sexo feminino, mas também foi ponto chave para criação da lei, eis que visa corrigir as desigualdades sofridas pelas mulheres ao longo dos anos.

A Diplomata Maria Luiza Ribeiro Viotti, por ocasião da IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim, disse que essa foi a mais importante de todas as convenções, pelo “número de participantes que reuniu, também pelos avanços conceituais e programáticos que propiciou, e pela influência que continua a ter na promoção da situação da mulher.” Segundo a Diplomata:

“Identificaram-se doze áreas de preocupação prioritária, a saber: a crescente proporção de mulheres em situação de pobreza (fenômeno que passou a ser conhecido como a feminização da pobreza); a desigualdade no acesso à educação e à capacitação; a desigualdade no acesso aos serviços de saúde; a violência contra a mulher; os efeitos dos conflitos armados sobre a mulher; a desigualdade quanto à participação nas estruturas econômicas, nas atividades produtivas e no acesso a recursos; a desigualdade em relação à participação no poder político e nas instâncias decisórias; a insuficiência de mecanismos institucionais para a promoção do avanço da mulher; as deficiências na promoção e proteção dos direitos da mulher; o tratamento estereotipado dos temas relativos à mulher nos meios de comunicação e a desigualdade de acesso a esses meios; a desigualdade de participação nas decisões sobre o manejo dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente; e a necessidade

⁵⁴ “[...] Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. [...]” (TJMG, HC 1.0000.09.513119-9/000, rel. Júlio Cezar Gutierrez. J. 24.02.2010) In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 32

de proteção e promoção voltadas especificamente para os direitos da menina.”⁵⁵

Notadamente, nesse aspecto, o poder público brasileiro foi sendo pressionado no sentido de que estabelecesse de fato mecanismos legais, políticas públicas, recursos financeiros para implantação e criação de locais próprios para acolhimento, tratamento, reeducação, capacitação, profissionalização das mulheres, visando a reintegração da família em suas mais diversas áreas físicas, psicológicas e moral.

Enquanto medida afirmativa, a Lei nº 11.340 se mostra eficaz de forma a garantir o acesso, amparo da justiça às mulheres em situação de violência doméstica. Poderiam as mulheres agora requerer o amparo do Estado para lhe dar força que antes a tinha desmedida dentro do lar frente ao homem.

3.4 O aparelhamento do Estado no combate à violência doméstica

Em 2005 ocorreu o décimo aniversário da Conferência Mundial, de Pequim, em que o tema versava sobre as Mulheres e trouxe foco e energia renovados aos esforços para que ocorra o empoderamento das mulheres. É oportuna, portanto, a realização deste estudo pelo Fórum para facilitar o trabalho de agências de fomento, governos e formuladores de políticas e proporcionar ferramenta referencial para avaliar a dimensão das disparidades de gênero em 58 países. Essas nações são avaliadas de acordo com o nível de progresso da população feminina e a identificação de sucessos e fracassos baseados em critérios econômicos, políticos, educacionais e de saúde.

Esse termo empoderamento surge em vários documentos, relatórios de conferências, fóruns, seminários que dizem respeito ao combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Com o advento do Século XXI, a luta das mulheres se intensificou, surgindo a necessidade do empoderamento dos ideais de liberdade que, conforme Paulo Freire, é a capacidade do indivíduo de se tornar consciente de uma

⁵⁵ *Comissão para IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim*, segundo a Diplomata Maria Luiza Ribeiro Viotti, Ministra e Diretora-geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores. Brasília: 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf> Acesso em: 5 jun. 2013.

necessidade, assim necessário era as mulheres lutarem por liberdade e pela erradicação da violência contra a mulher.⁵⁶

O termo *empowerment* já existia na língua inglesa, com o sentido de dar poder a alguém possibilitando a realização de tarefas sem a autorização de outros. Paulo Freire, educador brasileiro, definiu o termo acima, em português, como empoderamento. Para o educador a pessoa, grupo ou instituição empoderada é aquela que realiza por sim mesma as mudanças e ações que a levam a evoluir e se fortalecer.⁵⁷

Pode-se conceituar empoderamento na perspectiva do Professor Paulo Freire como o ato de a mulher desenvolver uma outra visão sobre o futuro de liberdade, não somente por meio de imposição constitucional, mas que essa força venha de dentro para fora, resultando de uma conscientização que precisa ocorrer dentro do ser humano.⁵⁸

De acordo o educador Paulo Freire em sua arte de criar conceitos disse que “o grande problema está em como poderão os oprimidos que hospedam o opressor em si, participarem da elaboração como seres duplos”, ou seja, essa mulher vítima, na maioria das vezes, dos seus próprios sentimentos, quando descobre ou percebe que pode mudar a realidade em que vive, e que a subordinação está desfeita, ela se torna como um passarinho. Nesse caso, ocorre um “empoderamento”, que também pode ser a descoberta de que existe outra forma de pensar sobre a situação que seriam “os conhecimentos pré-estabelecidos depositados em suas mentes”, em que se obtém uma consciência crítica libertadora.⁵⁹

Importante mencionar, mais do que a tradução da expressão e a busca por seu significado literal, é como Schiavo e Moreira definem o que o empoderamento representa, ou seja, a obtenção de informações adequadas, com vistas ao processo de reflexão e de tomada de consciência quanto à situação

⁵⁶ FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire / Paulo Freire*. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 1921 [tradução de Kátia de Mello e Silva; revisão técnica de Benedito Eliseu Leite Cintra]. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire / Paulo Freire*. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 1921 [tradução de Kátia de Mello e Silva; revisão técnica de Benedito Eliseu Leite Cintra]. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

⁵⁹ Idem, passim.

atual.⁶⁰ A consequência disso, segundo os autores, seria uma mudança de atitude, que impulse a pessoa, grupo ou instituição para a ação prática, metódica e sistemática, no sentido dos objetivos e metas traçados e desejados. Mais até do que isso, complementam Schiavo e Moreira, cria-se uma figura política do sujeito e de seu meio.⁶¹

Nesse sentido, o conceito de empoderamento é proporcionar ao indivíduo meios que possibilitem a tomada de atitude em busca da dignidade humana e respeito por parte de todos, independentemente de raça, gênero, credo religioso, posição social, cultural, econômica.

Assim, era claro que a impotência diante de um quadro que só se agravava, visto o que mais e mais mulheres violentadas de variadas formas é tão grande que assusta até mesmo aqueles que lidam com crimes todos os dias, as delegacias.

Entenda-se que empoderar, nesse caso, é a criação de mecanismos, que levam à conscientização da mulher, vítima de violência doméstica e familiar, em participar, exigir, monitorar e avaliar cada ação resultado de Convenções sobre Direitos Humanos e diplomas legais brasileiros. Acarretando num movimento de apoio que dê condições à mulher para tomar a decisão sobre o rumo do relacionamento familiar, quanto a mantê-lo ou dissolvê-lo.

Assim, deve-se respeitar a vontade da vítima, que empoderada, pode perdoar seu agressor a despeito de qualquer promessa de futuras mudanças de comportamentais do agressor, bem como, tomar por si só a decisão de levar adiante o processo penal, sem qualquer influência, manipulação dos agentes públicos a quem compete a titularidade da ação penal (Ministério Público).

Em 2013, O Conselho Nacional de Justiça por meio da Cartilha “O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”⁶² assegurou que:

“Desde a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, em 22 de setembro de 2006, vêm-se criando estruturas judiciais para o processamento das ações respectivas. Observa-se constância nos esforços do Judiciário nesse sentido, uma vez que o número de varas criadas por ano variou entre 9 e 13 varas. Os anos de 2006 e 2012 são destoantes dos demais, pois foram considerados, na coleta

⁶⁰ SCHIAVO, Márcio R.; MOREIRA, Eliesio N. Glossário social. Rio de Janeiro: Comunicarte, 2005.

⁶¹ Id.

⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf>. Acesso em 25 fev. 2014

de dados, apenas os últimos três meses de 2006 e os seis primeiros meses de 2012.”⁶³

Também em 2013 o Congresso Nacional Brasileiro, por meio da Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito, resolveu instalar Comissão Parlamentar Mista de Inquérito específica para “investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”.

Verificou-se em seu relatório que urge ao poder público brasileiro tomar decisões e implementar medidas que visem solucionar os problemas detectados pelos membros daquela CPMI. Embora, alguns Estados e o DF tenham implantado as Coordenadorias da Mulher criadas pelos Tribunais de Justiça para atender ao disposto na Resolução 128, de 17 de março de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, não dispõem de estrutura mínima para o seu adequado funcionamento. Em algumas regiões, a CPMI encontrou situações ainda piores, vez que essas Coordenadorias nem ao menos possuíam planos de trabalho, e não dispunham de pessoal suficiente para o desenvolvimento dessa nova função, fazendo com que acumulassem também a prestação jurisdicional. Visando a orientar melhor adequação dos trabalhos, assim relatou a Comissão quanto às atribuições das Coordenadorias da Mulher:

“(...) funcionar como órgãos permanentes de assessoria da presidência do tribunal. Tais Coordenadorias têm por atribuição: i) a elaboração de sugestões para o aprimoramento da estrutura judicial de combate à violência contra a mulher; ii) o apoio aos agentes do Poder Judiciário para a melhoria da prestação jurisdicional; iii) a promoção da articulação interinstitucional; iv) a formação de magistrados e servidores para atuar com a temática; v) a recepção das reclamações e sugestões referentes aos serviços de atendimento daquele estado; vi) o fornecimento de dados sobre os procedimentos executados de acordo com as Tabelas Unificadas do Poder Judiciário; e vii) atuação conforme diretrizes estabelecidas pelo CNJ.”⁶⁴

Noutro giro, em estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, intitulado “Violência contra a Mulher: feminicídios no Brasil”,

⁶³ Ibidem, p. 26.

⁶⁴ Ibidem, p. 22.

analisou-se a ocorrência do referido delito. Cabe informar que o termo “feminicídio” é definido pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa como:

“(...) morte de mulheres em razão do sexo (feminino). Analisando etimologicamente o termo, temos que *femi* deriva de *femin-*, cuja origem é grega (*phemí*), significando “*manifestar seu pensamento pela palavra, dizer, falar, opinar*” e *-cídio* deriva do latim *-cid/um*, cujo significado remete à expressão “*ação de quem mata ou o seu resultado*”.⁶⁵

Em seu estudo o IPEA, informou que: “No Brasil, no período de 2001 a 2011, estima-se que ocorreram mais de 50 mil feminicídios, o que equivale a, aproximadamente, 5 mil mortes por ano”. Desse número a maioria dos óbitos ocorreu em consequência da violência doméstica e familiar. Outra grave constatação feita pelo IPEA em 2013, é não ter havido impacto, ou seja, não houve redução da taxa anual de mortalidade em comparação aos períodos anterior à vigência da Lei, conforme os dados observados no Anexo A deste trabalho.⁶⁶

A Cartilha do Conselho Nacional de Justiça trouxe ainda indicadores dos homicídios, dos delitos de lesão corporal praticados contra a mulher e dados acerca da criação dos Juizados Especiais, que se pode visualizar nos Anexos B, C e D.⁶⁷

Torna-se imprescindível que essas Coordenadorias Estaduais de Enfrentamento à Violência contra Mulheres ocupem de fato o seu lugar e tenham mecanismos e “garde similitude na esfera nacional”, cumprindo assim o seu papel nos Estados, auxiliando os Tribunais e magistrados nas políticas de enfrentamento à violência contra mulheres, na articulação com a rede e na implementação da Lei Maria da Penha, possuindo uma estrutura com pessoal qualificado para esse tipo de atendimento e autonomia.⁶⁸

⁶⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRACO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001*. Disponível em: <www.dicionarioeletronicodalinguaportuguesa.com.br>. Acesso em: 02 fev. 2013.

⁶⁶ GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; SILVA, Gabriela Drummond Marques da, HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. IPEA. s.n.t. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. p. 1. Acesso em: 20 jan. 2014

⁶⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf>. p. 12, 16 e 26. Acesso em 25 fev. 2014.

⁶⁸ Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher. Senado, 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>> p. 55. Acesso em: 30 ago. 2012.

O relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito recomendou que de fato os juzizados especializados fossem criados para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, todavia, até aquele momento, diante do número de municípios brasileiros, foram criados apenas 61 Juzizados e 27 varas especializadas para atendimento a mais de 5.000 municípios que carecem de equipamento institucional que ampare essas vítimas.

A Comissão Sobre a Situação da Mulher na ONU – 57ª Sessão em 15 de março de 2013 trouxe o tema: “A eliminação e a prevenção de todas as formas de violência contra mulheres e meninas”, e concluiu que é necessária a participação do poder público para que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção sobre os Direitos da Criança, e seus Protocolos Opcionais sejam levados a cabo em seu cumprimento e que os países membros estejam de fato empenhados em cumprir as metas e que todas as vezes que essas convenções e tratados ocorram, o Brasil seja uma referência em participar de fato, levando como experiência o fornecimento de um quadro de ações afirmativas e jurídico internacional. Não somente, uma formalização de pactos, mas implantação de medidas que possibilitem a redução ou a erradicação da violência contra as mulheres.⁶⁹

3.5 As mulheres vítimas de violência - o enfrentamento do problema no Distrito Federal.

Diante desse tema, abordado em instrumentos internacionais e medidas para a eliminação e prevenção da violência contra a mulher, após a promulgação da lei, que então tipificou e definiu a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabeleceu as suas formas física, psicológica, sexual, patrimonial e moral; determinou a criação de juzizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, com competência cível e criminal, abrangendo todas as questões; proibiu-se a aplicação de penas pecuniárias, como multas e possibilitou-se ao Juiz determinar o comparecimento obrigatório do

⁶⁹ Comissão Sobre a Situação da Mulher. A eliminação e a prevenção de todas as formas de violência contra mulheres e meninas. (Traduzido por Têlia Negrão. Versão Provisória do Texto da 57ª Comissão Situação da Mulher/CSW, da ONU). Brasil: 15 de março de 2013. *passim*.

agressor a programas de recuperação e reeducação,⁷⁰ o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, inicialmente, implantou o 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Brasília.

Verifica-se, de observações realizadas junto aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, de palestras proferidas por Magistrados envolvidos no âmbito desses juizados, e conforme se retira da entrevista dada ao Programa DFTV pela Juíza Maria Isabel da Silva, titular do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Brasília demonstra que a maioria das mulheres utiliza o processo criminal visando retirar a violência do seu lar, não deseja a separação de seus companheiros e, almeja, tão somente, encontrar soluções para a violência, como encontrar terapias que ajudem a tratar o agressor, que muitas das vezes é dependente químico ou alcoólico, com o objetivo final de recompor sua família.

A juíza do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Brasília, Dra. Maria Isabel da Silva, entrevistada pelo programa DFTV afirma que as mulheres violentadas, ao denunciarem a agressão na justiça, por relatarem sua história, “querem que o Estado promova um tratamento, que ele dê um tratamento ao seu agressor, porque muitas vezes ele é um viciado em álcool ou um viciado em drogas”, conforme entrevista transcrita a seguir:

“Entrevistada: ... a maioria delas quando chegam à justiça, elas querem uma solução para aquela situação de violência que têm no seu lar. Muitas querem que o Estado promova um tratamento, que ele dê um tratamento ao seu agressor, porque muitas vezes ele é um viciado em álcool ou um viciado em drogas. Elas querem que tire a violência da sua casa, tratando seu agressor.

Entrevistador: ...

Elas não querem separarem-se de seus maridos, de seus companheiros, elas querem tirar a violência de sua casa, de que forma? – tratando seu agressor, seja com um tratamento psicológico, psicossocial, seja com o tratamento de uma doença, seja para combater o alcoolismo ou também para a ingestão imoderada de drogas...

⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília-DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 7 ago. 2012.

Entrevistador: Agora, a mulher que denuncia, muitas vezes, aliás algumas delas, chegam à justiça e fala “desisto, não quero mais!”

Entrevistada: Muitas delas, não são algumas, é a maioria. Elas chegam perante o Juiz e o Promotor, como determina a lei, e falam que não têm mais interesse na continuidade, ou porque aquela situação narrada na delegacia efetivamente não corresponde ao que aconteceu porque estavam sob uma situação de stress ou porque elas resolveram dar mais uma chance ao seu companheiro...”⁷¹

Ainda, em matéria publica pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a Dra. Maria Isabel da Silva esclarece:

“Pontuada por padrões de relacionamento abusivos, a violência doméstica compromete gravemente a relação afetiva dos membros da família e, de conseqüência, acarreta a perda da autonomia e liberdade destes. Não raro, a vítima passa a se culpar pela agressão sofrida, seja a perpetrada pelos filhos, pai ou pelo companheiro, e a encarar o fenômeno como natural.

Democrática, a violência familiar se verifica em todos os segmentos da sociedade. Não escolhe classe social, etnia ou credo religioso. No Distrito Federal, no Plano Piloto, ou nas regiões mais carentes, faz parte do cotidiano de muitos lares.

A experiência acumulada na direção das audiências realizadas em razão dos feitos relacionados à violência doméstica, permite-nos asseverar que, em mais de 90% dos episódios de maus tratos à família, o agressor havia ingerido álcool de forma abusiva ou se encontrava sob o efeito de substância entorpecente. As vítimas repetem, em seus relatos, a frase clássica: "ele é muito bom quando não está bêbado".⁷²

Ou seja, em casos como o anteriormente apresentado, a Lei Maria da Penha, que visa diminuir as diferenças entre mulheres e homens, garantindo a igualdade dos sexos no âmbito familiar, às vezes se torna empecilho para uma reconciliação e por conseqüência demonstra-se ineficaz na proteção da família, direito fundamental tão aclamado pela Lei nº 11.340/06.

Nota-se que não se trará total proteção e garantia à mulher e à família por simplesmente tratar a violência doméstica como crime, adotando um sistema legalista que vise unicamente punir agressores, vez que não se atentou o legislador ao detalhe de que a justiça muitas vezes funciona como política pública e

⁷¹ SILVA, Maria Isabel da. *Justiça tem dificuldade de aplicar a Lei Maria da Penha*. Programa DFTV. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=01llqmls6Uw>>. Acesso em: 28 de agosto de 2011.

⁷² SILVA, Maria Isabel da. *Álcool - Combustível da Violência*. Maria Isabel da Silva. Juíza de Direito Titular do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Artigo publica no CB de 12/01/2010 e na Revista TJDF, edição dez/2009. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/alcool...-combustivel-da-violencia-juiza-maria-isabel-da-silva>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

não somente como modo de coibir as violações aos direitos de uns ou abarcar os direitos de outros.

Exemplificando-se o citado anteriormente, no momento da realização da audiência na ação penal nº 2010.01.1.011539-6, a Juíza do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Brasília, Distrito Federal, Dra. Maria Isabel da Silva decidiu que: “não obstante a manifestação da defesa e o entendimento firmado em decisões anteriores no sentido de que não se combate, nem se previne nenhum cometimento de crime com sanção penal, uma vez que é perceptível naqueles casos em que a medida penal pouco ou nada refletirá na vida dos casais ricos”. Ela comprova que “depois de milhares de audiências que o combate à violência doméstica não pode ser exclusivamente debitada ao poder judiciário”, que existe a omissão por parte dos demais poderes, a fim de que medidas destinadas à emancipação feminina que deem à mulher capacitação que permita “optar por outro quadro de sua vida (...)”⁷³

Nesse respeito, a Juíza, Dra. Maria Isabel se preocupa com os casos em que a pena é diminuta, podendo ocorrer o “completo descrédito da justiça, pois nossos estabelecimentos penais sequer comportam os apenados às penas mais graves”. Continua dizendo que “a suspensão condicional do processo nas condições destes autos seria medida mais adequada para a reflexão do ato aqui combatido”. Colocou-se favorável à vontade popular, e que o Estado não deve impor regras que firam essa vontade, “notadamente, no caso da família, não se justifica o prosseguimento da ação quando ela irá propiciar mais desentendimentos e discórdia no seio da família, o que é contrário a todo ordenamento que visa pacificação social.”⁷⁴

Paralelamente, o poder público deve buscar soluções para esse problema na base em que o agressor se encontra, o qual se utiliza de violência, muitas das vezes, porque é usuário de droga, álcool, outros químicos e também tem problemas de ordem psicossocial, com acessos de raiva, nervosismo. Em regra, a mulher violentada gostaria de exaurir as possibilidades de reabilitação do seu agressor, e para tanto, mostra-se necessária a existência de programas sociais que

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. *Despacho na Ação Penal nº 2010.01.1.011539-6*. Disponível em: “<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=127&CDNUPROC=20100110115396>> Acesso em 28 ago. 2011.

⁷⁴ Idem.

ajudem a melhorar a qualidade das famílias brasileiras, programas que promovam o desvincular do agressor do uso de drogas ou da ingestão excessiva de bebida alcoólica. Necessário é o pronto atendimento aos membros da família, seja ele homem, mulher, criança.

Diante de tal perspectiva, como as decisões do Supremo influenciam as mulheres e as famílias que buscam o amparo Judicial?

4 A JURISPRUDÊNCIA E A LEI Nº 11.340/06

Passando agora ao estudo do *habeas corpus* objeto deste trabalho, analisar-se-á a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que modificou a interpretação da Lei Maria da Penha e gerou profundo debate e repercussão entre os Magistrados e, diante da ampliação de seus efeitos, pôs fim ao debate levantado pela doutrina acerca da não aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 nos casos sob a égide da Lei nº 11.340/06, bem como da incondicionalidade da ação penal quando dos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, familiar e afetivo.

4.1 Habeas Corpus nº 106.212 – Mato Grosso do Sul – Os fatos

Retira-se do relatório do Ministro Marco Aurélio, que os fatos objeto do *habeas corpus* impetrado são os seguintes:

Em 27 de agosto de 2007, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 21, cabeça, do Decreto-Lei nº 3.688/41 – contravenção penal de vias de fato. Em 12 de janeiro de 2009, acabou condenado à pena de quinze dias de prisão simples, substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, em observância ao artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (proibição de aplicação da Lei nº 9.099/95).

Contra a sentença foi interposta apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. A defesa sustentou, preliminarmente, a não observância do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, discorrendo sobre a Lei nº 11.340/06 e apontando o descabimento da vedação prevista no artigo 41 desse diploma. Requereu o retorno do processo à origem para viabilizar ao órgão do Ministério Público o oferecimento do benefício da suspensão condicional.

O Tribunal de Justiça não conheceu da questão preliminar e negou provimento ao recurso. No *habeas corpus* formalizado no Superior Tribunal de Justiça, sob o nº 144.769/MS, a defesa reafirmou as teses aduzidas na apelação, buscou o deferimento de liminar para suspender os efeitos da sentença penal condenatória e do acórdão alusivo ao recurso e, no mérito, pediu a anulação dos referidos atos jurisdicionais, bem como o retorno do processo à origem para o Ministério Público pronunciar-se sobre a suspensão condicional. O Ministro

Napoleão Nunes Maia Filho, relator, não acolheu o pleito de concessão de medida acauteladora, por entender ausentes o sinal do bom direito e o perigo de demora. A Quinta Turma do Tribunal indeferiu a ordem. Assentou a aplicação do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 e, evocando precedente do Supremo – Habeas Corpus nº 86.007/RJ, relator Ministro Sepúlveda Pertence –, explicitou a inadequação, no caso, do benefício da suspensão condicional do processo, ante a superveniência da decisão penal condenatória.

Diante de todo o caminho processual percorrido, a Defensoria Pública da União impetrou o habeas corpus em questão a fim de infirmar o acórdão e reiterando as questões arguidas nas instâncias judiciais já percorridas e requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, determinando-se o retorno do processo ao Juízo e a abertura de vista ao Ministério Público visando definir a suspensão requerida.

Em sua manifestação, a Procuradoria Geral da República discorreu sobre o artigo 41 da Lei nº 11.340/06, que tem por objetivo afastar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais por não consistir a violência doméstica contra a mulher em delito de menor potencial ofensivo. Argumentou a PGR sobre a necessidade de proteção da família, afirmou a conformidade da chamada Lei Maria da Penha com a Carta Federal e defendeu a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06 e, em consequência, opinou pelo indeferimento da ordem.

Passado ao julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam pela constitucionalidade do artigo legal que veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 quando diante de delitos cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, por entenderem não ter sido vislumbrada, pela Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher como infrações penais de menor potencial ofensivo, e, portanto, inexistem hipóteses para transação (suspensão condicional do processo ou transação penal); bem como entenderam que o bem jurídico tutelado, diante de tal vedação, é de suma importância porquanto prevista na Constituição Federal a proteção da família, conforme prevê o art. 226, §8º, da Constituição Federal:

“Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)”

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”⁷⁵

4.1.1 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

No momento do julgamento, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou:

“(…) Ante esse contexto e a realidade notada, veio à balha a Lei nº 11.340/2006, cujo objetivo principal é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 do Diploma Maior:

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.

(…)No caso, ante até mesmo o trato especial da matéria, afastou-se, mediante o artigo 41 da denominada “Lei Maria da Penha”, a aplicabilidade da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos delitos – gênero – praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Eis o teor do preceito: “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”.

(…)

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que, alfim, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a “regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias considerada a célula básica que é a mulher.

(…)

Indefiro a ordem, declarando a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, cuja importância para a preservação dos interesses maiores da sociedade equipara-se, se é que não suplanta, à dos avanços ocorridos com o Código Nacional de Trânsito, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Responsabilidade Fiscal.”⁷⁶

⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Violência doméstica – Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – Alcance*. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. *Violência doméstica – Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – Afastamento da Lei Nº 9.099/95 – Constitucionalidade*. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência

O Ministro Marco Aurélio fundamentou sua decisão tão somente sob a égide da proteção à família, vendo nesta o interesse maior da sociedade, entendendo assim que a não aplicação dos institutos despenalizadores pela vedação dada pelo art. 41 da Lei nº 11.340/06 é política que tem por finalidade combater a violência no âmbito familiar visando o avanço cultural.

4.1.2 Voto do Ministro Luiz Fux

Quanto ao Ministro Luiz Fux, manifestou-se da seguinte forma:

“(...) verifiquei que realmente o histórico do surgimento da Lei Maria da Penha é da própria tutela da dignidade da pessoa humana. (...)a criação da Lei Maria da Penha, (...)com as suas figuras delitivas e com o seu procedimento próprio, encontra embasamento legal no artigo 98, I, e notadamente na *ratio legis* do artigo 226, 7º, da Constituição Federal. Porque esse artigo de tutela da família e da mulher indicia que está autorizada a criação de mecanismos adequados à repressão desse ilícito (...) (...)criação desses juizados contra a violência doméstica para dar mais agilidade aos processos e para que as investigações sejam mais detalhadas, com depoimentos, inclusive, de testemunhas, que são - digamos assim - procedimentos ou ritos incompatíveis com a celeridade do procedimento dos juizados especiais. (...) Então, efetivamente, também concordo com o argumento de encerramento do Ministro Marco Aurélio que, na essência, significa dizer o seguinte: mulheres que sofrem violência doméstica não são iguais às mulheres que não sofrem violência doméstica. De sorte que essa é a verdadeira aplicação do princípio da isonomia: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Parabenizo-o pelo seu voto, de uma especialidade *ex abrupto*, surgida aqui no julgamento, e o acompanho integralmente.”⁷⁷

O Ministro Luiz Fux em seu embasamento, entende pelo histórico da Lei Maria da Penha, que esta busca a tutela da dignidade da pessoa humana, e para proteção da família e da mulher a criação do mecanismo vetante é adequado à repressão do ilícito, a fim de que se possa garantir a igualdade das mulheres, eis que no momento em que vítimas de violência se tornam desiguais.

contra a mulher. Acórdão em Habeas Corpus nº 106.212/MS. Cedenir Balbe Bertolini e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 24.03.2011. DJE, 13.06.2011. *passim*.
⁷⁷ *Idem, passim*.

4.1.3 Voto do Ministro Dias Toffoli

Quanto ao Ministro Dias Toffoli, elucidou que já proferiu votos em habeas corpus que tratavam da possibilidade de concessão de liberdade provisória em crime de tráfico ou de conversão da pena privativa de liberdade em substitutiva, casos em que se defendia a individualização da pena o que não condiz com o caso em tela eis que o discutido aqui é a dúvida quanto a que rito processual deve ser aplicado. Trouxe à atenção que historicamente o status inferior que a mulher tinha na sociedade quando das Ordenações Filipinas, bem como da diminuição da capacidade da mulher, de acordo com o Código Civil de 1916, quando mudava seu estado civil de solteira para casada. De forma lúcida, o ministro Toffoli esclarece que questões culturais e históricas, não são alteradas tão somente pela Lei, mas também por políticas públicas viáveis e afirmativas. Assim, a vedação como política afirmativa mostra-se necessária e constitucional a fim de garantir maior proteção à mulher.

4.1.4 Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia abordou os seguintes pontos:

“(...) todas as vezes que uma de nós é atingida, todas as mulheres do mundo são. É a circunstância de que se quebra a psiquê de cada uma de nós. É a autoestima que vai abaixo, é esta mulher que não tem mais condições de cumprir o seu papel com a dignidade - estamos falando, na verdade, da dignidade humana.

(...) Nós, mulheres, conquistamos, sim, direitos, mas a eficácia e a efetividade não apenas jurídicas, mas social dos direitos, ainda é um caminho longo a percorrer por todos os que passam - as chamadas minorias não numéricas, mas minorias de direito, e aí incluímos nós, as mulheres.

(...) o artigo 41, que é aqui questionado, não apenas não desatende à Constituição, mas bem ao contrário, vem dando cumprimento à norma constitucional, especificamente ao § 8º do artigo 226, que protege não apenas a integridade física de uma pessoa, da mulher, mas a integridade física e moral da própria família.

(...) eu acho que o que se fez aqui foi, em face da ineficácia das medidas adotadas o tempo todo, por até tentativas que foram feitas desde a década de 60, especialmente, no sentido de garantir a igualdade de direitos, acho que esta lei veio exatamente dotar de instrumentos que tornam eficazes as medidas que a Constituição estabeleceu.”⁷⁸

⁷⁸ *Idem, passim.*

A Ministra Cármen Lúcia, visualizando na lei forma de garantir às mulheres seu espaço na sociedade e a eficácia de seus direitos, decidiu que o artigo 41 da Lei Maria da Penha dá real cumprimento ao pressuposto constitucional de proteção à família, e que ele passou a dar garantia de iguais direitos, eis que historicamente as medidas adotadas não se mostraram eficazes para defender a dignidade da mulher.

4.1.5 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que o legislador ordinário quando da criação do art. 41 retirou o crime praticado contra a mulher do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e mostram-se “crimes de maior potencial ofensivo” porque “atingem um dos valores mais importantes da Constituição”, “a proteção à família”.

4.1.6 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa, assim como o Ministro Lewandowski, entendeu que a lei é uma opção de política criminal, e busca proteger e fomentar o desenvolvimento do núcleo familiar sem violência, impedindo que exista submissão física, econômica ou psicológica à mulher com a consequente limitação da sua liberdade, mascarada sob o manto da família e da intimidade.⁷⁹

4.1.7 Voto do Ministro Ayres Brito

O Ministro Ayres Brito não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06 e salientou que:

“(…)O Direito existe para quê? Para sanear ambientes instabilizados por efeito de desigualdades que persistem no tempo e com intensidade suficiente para provocar sérios ou temerários desequilíbrios.

(…)

Precisamos afastar a incongruência que seria ter na lei especial a criação dos juizados específicos e cogitar da aplicação da Lei nº 9.099/95, olvidando, inclusive, a regra do artigo 4º, segundo a qual – um verdadeiro farol interpretativo, pedagógico –, na interpretação,

⁷⁹ *Idem, passim.*

serão considerados os fins sociais a que a lei se destina e especialmente as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”⁸⁰

4.1.8 Votos do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Ellen Grace

O Ministro Gilmar Mendes apenas salientou a importância do aumento de políticas públicas a fim de verificar a efetividade das medidas no tempo.

A Ministra Ellen Gracie afirmou não haver inconstitucionalidade no artigo 41, pois tão somente torna efetiva a Lei Maria da Penha.

4.1.9 Voto do Ministro Presidente Cezar Peluso

Por fim, o Ministro Presidente, Cezar Peluso, acompanhou o voto do relator e declarou:

“(...) não posso deixar de observar, em primeiro lugar, que o artigo 98, I, não define o que sejam infrações penais de menor potencial ofensivo. Isso significa, portanto, que a lei infraconstitucional está autorizada a adotar tantos critérios quantos lhe pareçam convenientes do ponto de vista político-legislativo para definir o que seja infração de menor potencial ofensivo. Ou seja, não basta que uma lei, a partir do critério de pena máxima para certos tipos penais, considere como crimes de menor potencial ofensivo certos comportamentos, para que isso seja obrigatoriamente observado por todas as leis. É possível, como sucede no caso, que outra lei tome outro critério para discriminar, desse universo compreendido pelos comportamentos, cuja cominação de pena não atinja a esse máximo, alguns que não sejam considerados infrações de menor potencial ofensivo. Isso parece-me ter acontecido no caso em que esse artigo 41 deixou claro que tal norma não reputa de menor potencial ofensivo a violência específica contra a mulher no âmbito doméstico. E, a meu ver, fê-lo com inteira razão, porque levou em conta diversas peculiaridades que, para o estabelecimento do regime jurídico, a mulher enfrenta, sobretudo dentro do quadro amplo daquilo que podemos chamar de relação amorosa. E são particularidades de ordem conceitual e de ordem histórica.

(...)

Essa norma está simplesmente, no curso do tempo, resgatando alguma coisa da dignidade do ser humano, da mulher, na igualdade intrínseca que tem em relação ao homem, como uma das medidas tendentes a protegê-la e a restituir-lhe a posição que realmente ela deve ocupar dentro da sociedade humana.

Razão pela qual, congratulando-me com todos os votos que ventilaram aspectos altamente relevantes da mesma questão, também acompanho o brilhante voto do eminente Relator.”⁸¹

⁸⁰ *Idem, passim.*

⁸¹ *Idem, passim.*

O Ministro Presidente, Cezar Peluso, concordou que crime praticado contra a mulher é crime de maior potencial ofensivo, e o art. 41 da Lei Maria da Penha enfatiza a não menor potencialidade lesiva da violência doméstica e afirmou que a lei está resgatando a dignidade do ser humano, da mulher, garantindo a igualdade entre homem e mulher.

4.1.10 Relatório final

Verificou-se que os Ministros decidiram pela constitucionalidade da norma, enquanto entendem que a lei atende ao objetivo de atribuir igualdade à mulher perante o homem no âmbito familiar, e que a proteção à família, direito garantido na Constituição, dá ao dispositivo do art. 41 da Lei nº 11.340/06 caráter constitucional.

4.2 Da constitucionalidade da Lei nº 11.340/06

Conforme se observa pelo caso em tela, a constitucionalidade da Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 foi bastante discutida, vez que, segundo aqueles que se manifestaram pela sua inconstitucionalidade, era uma lei que discriminava a população masculina, não lhes dava nenhuma proteção, lhe impunha limites dentro da entidade familiar que não eram impostos à mulher, o que gerou desigualdade no âmbito familiar. “Questionou-se a constitucionalidade da lei, vez que, num primeiro momento, parece discriminatória, tratando a mulher como “eterno” sexo frágil, deixando desprotegido o homem, presumidamente imponente.”⁸²

A Constituição em seu artigo 5º, inciso I,⁸³ traz como princípio a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres:

“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;
[...].”

⁸² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 32

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

- e segundo João Paulo de Aguiar Sampaio Souza e Tiago Abud da Fonseca “a legislação infraconstitucional acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher e o *status* entre filhos que o poder constituinte originário tratou de maneira igual criando, aí sim, a desigualdade na entidade familiar”.⁸⁴

Muito se questionou acerca da proteção tão-somente dos indivíduos do sexo feminino, não dando qualquer tratamento aos do sexo masculino ainda que ambos estejam em uma situação de vulnerabilidade, a exemplo pode-se citar a proteção à filha agredida pelo pai, mas não ao filho e porque quando de agressões recíprocas dá-se à mulher amparo especial, ao passo que o homem pode recorrer unicamente ao rito comum, qual seja ao amparo do Código Penal, ou a um Juizado Especial, mas não especializado, sob o crivo da Lei nº 9.099/1995.

Doutro ponto de vista, havido o entendimento pela constitucionalidade da Lei em julgamentos recursais, o Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 assim entendeu no tocante à tão questionada violação ao princípio da igualdade:

“Sob o ângulo da igualdade, ressalta como princípio constitucional a proteção do Estado à família, afirmando que o escopo da lei foi justamente coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Ter-se-ia tratamento preferencial objetivando corrigir desequilíbrio, não se podendo cogitar de inconstitucionalidade ante a boa procedência do discrimine. Cita dados sobre o tema, mencionando, nesta ordem, autores consagrados: Alexandre de Moraes, Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Berenice Dias. Alude a pronunciamentos desta Corte relativos a concurso público, prova de esforço físico e distinções necessárias presente o gênero. Faz referência a mais preceitos de envergadura maior, porquanto constantes da Constituição Federal, quanto à proteção à mulher - licença à gestante, tratamento sob o ângulo do mercado de trabalho e prazo menor para aposentadoria por tempo de contribuição.”⁸⁵

⁸⁴ SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; Fonseca, Tiago Abud da. *A aplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher*. *Boletim do IBCrim*, n. 168, Nov. 2006, p. 4. Apud. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha*, comentada artigo por artigo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 33

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do

Assim, em julgamento à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 que tinha por objeto analisar a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, o Supremo Tribunal Federal, atribuindo efeito *erga omnis*, ampliou os efeitos de entendimentos já firmados nos Tribunais Estaduais e de julgamentos sobre a matéria pelo STF, conforme decisão:

“O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.”⁸⁶

Embasado no próprio voto quando do julgamento do HC nº 106.212, o Ministro Relator Marco Aurélio foi acompanhado unanimemente pelos demais ministros, conferindo ao dispositivo do art. 41 da Lei nº 11.340/06, entre outros, artigos 1º e 33 da Lei nº 11.340/2006, caráter constitucional.

Ainda no tocante à constitucionalidade da lei:

“Primeira a votar após o ministro Marco Aurélio, relator da ação, a ministra Rosa Weber disse que a Lei Maria da Penha “inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira”. Segundo ela, essa lei “tem feição simbólica, que não admite amesquinamento”.

No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux disse que a lei está em consonância com a proteção que cabe ao Estado dar a cada membro da família, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal (CF).

Discriminação

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha observou que julgamentos como o de hoje “significam para mulher que a luta pela igualação e dignificação está longe de acabar”. Ela exemplificou a discriminação contra a mulher em diversas situações, inclusive contra ela própria, no início de sua carreira.

Já hoje, segundo ela, a discriminação é mais disfarçada, em muitos casos. “Não é que não discriminem; não manifestam essa discriminação”, observou. Por isso, segundo ela, a luta pelos direitos

artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 DF. Órgão julgador: Tribunal do Pleno. Requerente: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 9.2.2012. DJE, 29.4.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁸⁶ Idem.

humanos continua. “Enquanto houver uma mulher sofrendo violência neste planeta, eu me sentirei violentada”, afirmou.

Ao acompanhar o voto do relator, o ministro Ricardo Lewandowski lembrou que quando o artigo 41 da Lei Maria da Penha retirou os crimes de violência doméstica do rol dos crimes menos ofensivos, retirando-os dos Juizados Especiais, colocou em prática uma política criminal com tratamento mais severo, consentâneo com sua gravidade.

Por seu turno, o ministro Ayres Britto disse, em seu voto, que a lei está em consonância plena com a Constituição Federal, que se enquadra no que denominou “constitucionalismo fraterno” e prevê proteção especial da mulher. “A Lei Maria da Penha é mecanismo de concreção da tutela especial conferida pela Constituição à mulher. E deve ser interpretada generosamente para robustecer os comandos constitucionais”, afirmou. “Ela rima com a Constituição”.

O ministro Gilmar Mendes observou que o próprio princípio da igualdade contém uma proibição de discriminar e impõe ao legislador a proteção da pessoa mais frágil no quadro social. Segundo ele, “não há inconstitucionalidade em legislação que dá proteção ao menor, ao adolescente, ao idoso e à mulher. Há comandos claros nesse sentido”.

O ministro Celso de Mello, de sua parte, lembrou que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve uma importante participação no surgimento da Lei Maria da Penha. Na época em que Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome à lei, havia sofrido violência por parte de seu então marido, a comissão disse que o crime deveria ser visto sob a ótica de crime de gênero por parte do Estado brasileiro.”⁸⁷

Conforme acima transcrito, julgados constitucionais os dispositivos da Lei nº 11.340/2006, cabível elucidar que o princípio da igualdade desde sempre foi abordado no direito constitucional como igualdade substancial:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.⁸⁸

Serge Athabashian, em sua obra, Princípio de igualdade e ações afirmativas, atribuiu validade às ações discriminativas afirmativas, ao esclarecer que estas “são medidas privadas ou políticas públicas que estabelecem benesses a

⁸⁷ STF. *ADC 19: dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais*. Brasília-DF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalh>>. Acesso em: 30 maio 2012.

⁸⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. In: Sessão solene da formatura da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 1921. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/aosmoccos.html>>. Acesso em: 9 dez. 2012.

determinado segmento da sociedade quando ausentes as condições de igualdade decorridas de discriminações ou injustiças históricas”.⁴⁶

Verifica-se ainda que na Resolução nº 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, “Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher” de 1979 determina que o Estado-Parte, Brasil, adote medidas afirmativas que acelerem o processo para alcance da igualdade entre homem e mulher.⁸⁹

Demonstrado então que, mais do que constitucional, é também permitida tal discriminação, eis que se mostram meios para compensar, remediar desvantagens advindas da história, consequências de discriminações do passado, de forma a buscar atingir condições igualitárias a todos, atingir a pluralidade e diversidade social.

Analisando um outro ponto da Lei Maria da Penha, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424 requereu-se a aplicação literal dos artigo 12, inciso I; artigo 16 e artigo 41, todos da Lei nº 11.340/06, para que não fosse aplicada a Lei

⁸⁹ “Artigo 2º

Os Estados Partes condenam a discriminação contra as mulheres sob todas as suas formas, e concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem tardança, uma política destinada a eliminar a discriminação contra as mulheres, e para tanto, se comprometem a:

- a) consagrar em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade dos homens e das mulheres, caso não o tenham feito ainda, e assegurar por lei ou por outros meios apropriados a aplicação na prática desse princípio;
 - b) adotar medidas legislativas e outras que forem apropriadas - incluindo sanções, se se fizer necessário - proibindo toda a discriminação contra a mulher;
 - c) estabelecer a proteção jurisdicional dos direitos das mulheres em uma base de igualdade com os dos homens e garantir, por intermédio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva das mulheres contra todo ato de discriminação;
- [...]
- e) adotar as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra as mulheres praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
 - f) tomar todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas que constituam discriminação contra as mulheres;
 - g) derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra as mulheres.

Artigo 3º

Os Estados Partes tomarão, em todos os campos e, em particular, no político, social, econômico e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso das mulheres, com vistas a garantir-lhes o exercício e gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

Artigo 4º

1. A adoção, pelos Estados Partes, de medidas especiais de caráter temporário visando acelerar a vigência de uma igualdade de fato entre homens e mulheres não será considerada discriminação, tal como definido nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, na manutenção de normas desiguais ou distintas; essas medidas deverão ser postas de lado quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento tiverem sido atingidos.” (Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2011.)

nº 9.099/95 em feitos que os crimes praticados estejam tipificados na Lei Maria da Penha; para reconhecimento da incondicionalidade da ação penal pública quando se tratasse de lesão corporal, independente do grau da lesão apresentada pela vítima; e para realização da oitiva da vítima e possibilidade de retratação apenas quando se tratassem de crimes cuja ação penal necessitasse de representação.

Na presente ADI, o Tribunal, “por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico”.⁹⁰ O Ministro Relator, em seu voto,⁹¹ acerta ao dizer que é dever do Estado assegurar a

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. Órgão julgador: Tribunal do Pleno. Requerente: Procurador-Geral Da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 9.2.2012. DJE: 1.8.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 ago. 2014

⁹¹ “Sob o ângulo constitucional explícito, tem-se como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na Constituição Federal, especialmente no § 8º do respectivo artigo 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o – e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade – antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do artigo 16 da Lei em comento, o ato à audição do Ministério Público.

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

...

Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito.

Procede às inteiras o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, buscando-se o empréstimo de concretude maior à Constituição Federal. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei nº 9.099/95 aos crimes glosados pela Lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada.

assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, mas peca ao dizer que deixar o direito de representação nas mãos da mulher é omissão do Estado. Fato é que muitas mulheres são vítimas de violência doméstica diariamente no Brasil, mas não se pode assumir que todas elas estão sob coação e ameaça do ofensor, não se pode assumir que em todos os casos o início de uma ação penal é medida mais adequada para afastamento da violência doméstica, certo de que por vezes pode até piorar ou resultar em tragédia.

Sim, de fato, merece elogio o entendimento do Ministro de que “descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil”, mas desaparece-se do diploma constitucional, não mencionando ou trazendo à luz os direitos da família e da liberdade e da igualdade da mulher.

4.3 Dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal na vida da mulher e da família

Ao longo dos anos, muito embora, a mulher tenha empreendido diversas lutas para alcançar seus direitos civis, eis que sua capacidade civil para

(...) Aliás, o Plenário, ao indeferir ordem no Habeas Corpus nº 106.212/MS, por mim relatado, placentou o afastamento da Lei nº 9.099/95 pelo artigo 41 da Lei nº 11.340/2006...

Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino.

Consigno, mais uma vez, que o Tribunal, no julgamento do Habeas Corpus nº 106.212/MS, declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 no que afasta a aplicação da nº Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais –, relativamente aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista para o tipo. E, no tocante aos crimes de lesão leve e de lesão culposa, a natureza condicionada da ação penal foi introduzida pelo artigo 88 da Lei nº 9.099/95. Logo, declarada como já foi a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/96, no que afasta a incidência da citada lei, esta afasta a previsão de que a ação relativa ao crime do artigo 129 do Código Penal é pública condicionada mas expungindo dúvidas, e já agora em processo objetivo, cuja decisão irradia-se extra muros processuais, resta emprestar e proclamar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última. É como voto na espécie.” - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. Órgão julgador: Tribunal do Pleno. Requerente: Procurador-Geral Da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 9.2.2012. DJE: 1.8.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 ago. 2014

questões imobiliárias dependiam da ratificação pelo marido, sendo reconhecida sua capacidade plena civilmente apenas no Código Civil de 2003; tendo alcançado seu direito ao voto, seu direito a condições iguais de trabalho; agora, por um novo entendimento do Supremo, a mulher perdeu seu direito de retratar-se de uma ocorrência, arquivar um processo, acarretando em um retrocesso nas conquistas femininas.

A mulher sofre duas “vitimizações”, decorrentes do crime e do maltrato da lei, eis que esta é obrigada a ver seu marido ou companheiro processado. A impossibilidade de retratação pode levar a vítima a não mais registrar ocorrência para não se ver forçada a testemunhar contra o companheiro em eventual instauração de ação penal.

Esclarecedor e elogiável é o posicionamento do Ministro Arnaldo Esteves de Lima no julgamento do HC nº 155.057/RJ:

“O processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção da família”.⁹²

A família encontra barreira e dificuldades para a conciliação e pacificação, vê-se o chefe de família e, muitas vezes provedor, processado, situação que poderá acarretar na perda do emprego e conseqüentemente na perda do poder aquisitivo, dos rendimentos da família e em muitos casos, até mesmo impede a subsistência da família e de seus integrantes, o que agrava a situação de vulnerabilidade da mulher.

Com o impedimento da aplicação dos benefícios da suspensão condicional do processo e da transação penal, impediu-se a possibilidade de ter um maior acompanhamento da família pelo poder público, a oportunidade de obrigar o ofensor a refletir sobre suas ações com um tratamento psicossocial, eis que as medidas previstas na lei não se limitam às imposições de uma execução penal. Manter o ofensor sobre controle do Estado por dois anos, vinculado a um processo suspenso, que lhe acarreta também na proibição de frequentar locais de má índole,

⁹² STJ, HC n.º 155.057/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe de 2.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10888678&s-Reg=200902325960&sData=20100802&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 25 de julho de 2012.

submetê-lo ao acompanhamento psicossocial, bem como beneficiar uma instituição estatal ou carente com uma prestação de serviços, não se demonstra, de forma alguma, instituto despenalizador.

Logo, em busca da concretização dignidade da pessoa humana feminina, da segurança, da integridade física e mental, direitos fundamentais da mulher; desconsiderou-se os direitos e garantias do homem, pais de família, filhos, sobrinhos, netos, além de diminuir a capacidade feminina de tomar decisões que melhor atendam ao seu interesse. Neste mesmo patamar, é demonstrado pelos votos dos julgadores que se busca garantir também a proteção dos direitos fundamentais da família, no entanto, diante do contexto fático, diante da prática perante a realidade, é impossível vislumbrar que as proibições impostas pela decretação da constitucionalidade dos dispositivos da lei darão proteção e eficácia aos direitos e garantias da família.

4.4 Da legitimidade do controle constitucional e a solução dos conflitos

A pirâmide normativa de Kelsen coloca em seu topo a Constituição, enquanto visualiza nesta a ordem máxima e principal, conferindo-lhe o papel norteador de princípios, direitos e deveres, ao passo que, se invertida a pirâmide, encontramos a Constituição na base, o que nos leva a vê-la como base das normas infraconstitucionais. Assim, diante de tal premissa, sendo a Constituição norma máxima ou fundamental às demais, a quem caberia a competência e a legitimidade para garantir suas corretas aplicação e interpretação, sua compatibilidade, a não colisão entre as normas constitucionais, bem como a não violação da Constituição quando da legislação de outras normas? Como, durante a evolução do direito constitucional, foi definida a jurisdição e a legitimidade do “guardião da constituição”?

Verifica-se que é pacificado, como se demonstrará a seguir, que necessária, para guarda da constituição, é a existência de um órgão independente a quem caiba tão somente assegurar o cumprimento das normas constitucionais.

Segundo HAMILTON, em governos cujos poderes se diferem, o Judiciário que se limita a tão somente julgar é o poder que menos teria capacidade para ofender e violar a constituição, pois não tem o poder da espada que tem o

Executivo, nem tem o poder regulador do Legislativo⁹³. É o Judiciário a “cidadela da justiça e da segurança pública”⁹⁴.

Em Estados em que cabe ao Judiciário o controle jurisdicional é necessária a total independência das cortes de justiça para que possível declaração da nulidade dos atos contrários à Constituição, pois como Hamilton afirma:

“(...) as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. (...) Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelo juízes. Em conseqüência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. (...) a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes. Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o legislativo. Somente supões que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando sua decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.”⁹⁵

Nas palavras de Carl Schmitt⁹⁶, para haver efetivo controle constitucional, necessária a existência de uma instituição e instância especial que asseguraria o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardaria a Constituição na forma de um terceiro poder, um poder neutro, poder este que, em Estados onde ocorre divisão dos poderes, não pode ser confiado a nenhum dos poderes existentes porque acarretaria na supremacia do detentor face os demais e poderia ele se esquivar do controle constitucional.

Carl Schmitt visualiza na figura do chefe de Estado o guardião da Constituição, porquanto este tem posição neutra, intermediária, reguladora e defensora já que não detêm poder legislativo, que é das câmaras, e aquele é totalmente vinculado à confirmação dos ministros⁹⁷.

A Constituição de Weimar, citada por Schmitt, define o presidente do Reich, enquanto chefe de Estado, como representante da continuidade e

⁹³ HAMILTON, Alexander et al. *Os juízes como guardiões da Constituição*. In: HAMILTON, Alexander et. al. *O Federalista*. Brasília: Ed. UNB, 1984. Cap. 78. p. 576.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 577.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 578.

⁹⁶ SCHMITT, Carl. *A teoria do direito público do “poder neutro” (pouvoir neutre)*. In: SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição: Terceira Parte – O Presidente do Reich como guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 7. p.193.

⁹⁷ KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

permanência da unidade e do funcionamento uniformes estatais, uma vez eleito pelo povo e transcende às competências a ele atribuídas e, para continuidade da reputação moral e da confiança geral, requer um tipo especial de autoridade⁹⁸. Ainda, segundo a Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich só pode ser construída mediante um poder neutro, intermediário, regulador e preservador, poder que o torna independente dos órgãos legislativos, embora vinculado à referenda dos ministros, o que atenderia, para Schmitt, à teoria de um poder preservador, como explica:

“(...) a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder e também não tem que normalmente estar, em seu exercício, de acordo com a natureza do assunto, discreta e morosa. Apesar disso, ela existe e é indispensável, pelo menos no sistema do Estado de direito com diferenciação dos poderes. Aqui ela é, como já sabia Benjamin Constant, mesmo que essa parte de sua teoria tenha passado despercebida, um *pouvoir préserveur*, um “poder preservador”.⁹⁹

Para Hans Kelsen, a premissa de uma instituição que controle a conformidade à constituição também deve ser totalmente desvinculada da idéia de que o controle constitucional deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados, mas muito menos devem ser confiadas ao Parlamento e ao Governo, pois a estes mais necessário é o controle de seus atos. Kelsen explica: “ninguém pode ser juiz em causa própria.”¹⁰⁰

Kelsen critica ainda o modelo teórico constitucional baseado no princípio monárquico, que atribuída ao monarca o posto de guardião natural da Constituição, o que para ele nada mais era do que mascarar a tendência de compensar a perda de poder que o chefe de Estado experimentara quando da mudança da passagem da monarquia absoluta para a constitucional. Kelsen critica também a idéia de Carl Schmitt, baseada na doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant, de que o presidente do Reich é competente para guardar a Constituição, pois vislumbra a inaplicabilidade da doutrina de Constant ao chefe de Estado de uma república democrática. Para Kelsen, Schmitt usa da doutrina do

⁹⁸ *Ibidem*, p. 199.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 200 – 201.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

pouvoir neutre do chefe de Estado para atribuir, contra o art. 19 da Constituição de Weimar¹⁰¹, a competência de guardião da Constituição ao presidente do Reich e não a um Tribunal Federal ou outro tribunal.¹⁰²

Kelsen admite que os tribunais, mesmo quando exercem o direito de controle, não devem ser considerados guardiões da constituição, pois anulam a lei constitucional apenas para o caso concreto, ao passo que diante de um tribunal constitucional central com poder de cassação em decisão anula-se a lei inconstitucional para todos os casos, pois este tem função de caráter político superior à função daqueles.¹⁰³ Não obstante à função política de um tribunal constitucional, Kelsen garante:

“(...) é impossível afirmar que a função de um tribunal constitucional não é jurisdicional quando a norma que deve aplicar tem conteúdo duvidoso, de modo que sua decisão consista na definição desse conteúdo; porque é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo da norma seja, no caso de uma lei constitucional, algo diferente do que acontece no caso de uma lei ordinária.”¹⁰⁴

Logo, como tribunal constitucional, o tribunal detém função política e jurisdicional, política enquanto solve a contenda entre as normas e confere o cumprimento da Constituição, e jurisdicional quando da decisão sobre a constitucionalidade da norma resolve a lide particular.

Assim definiu Zagrebelsky:

“(...) duas são as condições da justiça constitucional: uma, de caráter jurídico-formal, outra, de caráter político-substancial, cifrada no pluralismo das forças constitucionais; a primeira, teórica, a segunda, pragmática.”¹⁰⁵

Segundo Paulo Bonavides, a constituição é a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa

¹⁰¹ Constituição de Weimar (1919), Art 19: “Os litígios constitucionais que se suscitem num estado desprovido de tribunal competente para os dirimir e, outrossim, os litígios entre os diferentes Estados ou entre o Império e um estado, contanto que não sejam de direito privado, são decididos, a requerimento de uma das partes, pelo Tribunal de Justiça de Estado para o Império Alemão, salvo se puderem ser decididos por outro tribunal do Império. O Presidente do Império executa a decisão do Tribunal de Justiça de Estado”. Fonte: Textos Históricos do Direito Constitucional, Jorge MIRANDA (org. e trad.), p. 273.

¹⁰² KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240-246.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 249 - 253.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.255.

¹⁰⁵ Gustavo Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, 1988, p. 14. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: *Estudos Avançados*, 18 (51), 2004. p. 127. Texto disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>.

dos princípios, a sede da soberania e por isso a justiça constitucional se tornou premissa da democracia¹⁰⁶.

A jurisdição constitucional deve ser exercitada por instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. Para Bonavides, o entendimento, de que a legitimidade da jurisdição constitucional é de tal instância neutra, mediadora e imparcial, é pacífico, restando controverso o aspecto da legitimidade no exercício dessa jurisdição, necessitando-se definir que instituição atenderia a tais requisitos.

Bonavides assevera que ocorre interferências executivas sobre o judiciário, pois o Poder Executivo intenta fazer o controle de constitucionalidade dentro dos interesses do grupo governante e não no interesse da ordem constitucional, e por isso, assim como Hans Kelsen, entende que “a idéia política do Estado Federal só se realiza plenamente com a instituição de um tribunal constitucional.”¹⁰⁷

Verifica-se que para efetivo controle constitucional é de extrema importância a existência de um tribunal constitucional totalmente desvinculado dos demais poderes, com funções jurisdicionais e políticas. Analisando o sistema jurídico constitucional brasileiro, verifica-se que a existência de tal instituição, no Brasil, é dúvida, eis que o Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário a quem é atribuída a tarefa de guardar a Constituição, conforme Paulo Bonavides esclarece, citando o jornal A Folha de São Paulo, é submetido às influências maiores da política do que do direito¹⁰⁸.

¹⁰⁶ É isto, aliás, o que se lê em Vital Moreira, aquele eminente jurista de Coimbra: “A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”. (Vital Moreira, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”, em *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 177). Apud. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: *Estudos Avançados*, 18 (51), 2004. p. 1, 144, 145.

¹⁰⁷ “Mais c’est certainement dans l’État fédéral que la justice constitutionnelle acquiert la plus considérable importance. Il n’est pas excessif d’affirmer que l’idée politique de l’État fédéral n’est pleinement réalisée qu’avec l’institution d’un tribunal constitutionnel”. (Hans Kelsen, “La Garantie Juridictionnelle (La Justice Constitutionnelle)”, em *Revue du Droit Public et Science Politique*, 1928, t. XLV. Trad. Charles Einsenmann, pp. 253-254. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: *Estudos Avançados*, 18 (51), 2004. p. 129, 145.

¹⁰⁸ “[...] o mais alto tribunal de justiça do país, aquele que deve assegurar a primazia dos princípios constitucionais sobre tudo o mais, fica sujeito a influências maiores da política do que do direito. E influências políticas significam interesses pessoais ou de grupos.” *Folha de S. Paulo*, 19 maio 2002. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: *Estudos Avançados*, 18 (51), 2004. p. 136.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em Nota Oficial defendeu a mudança do modelo constitucional de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal visando garantir à excelsa Corte maior distanciamento do poder político partidário e imagem de absoluta independência nos julgamentos¹⁰⁹. Assim como necessária a distância dos demais poderes, tanto é a proximidade do juiz constitucional ao povo, o que eleva o grau de sua legitimidade, pois “a legitimidade dos tribunais constitucionais é antes de tudo, pura e simplesmente, a legitimidade da própria Constituição”¹¹⁰.

Paulo Bonavides critica o Supremo Tribunal Federal e o constituinte originário, pois o primeiro é órgão de um dos Poderes da soberania, e não Corte Constitucional, e o segundo erroneamente atribuiu funções além daquela de guardar a Lei Magna, que deveria ser exclusiva. Assim, o Tribunal Constitucional, como colégio jurisdicional específico para efetuar o controle de constitucionalidade, como instituição para garantir a justiça dos homens livres, dos poderes legítimos e dos direitos fundamentais, deve estar ao alcance do povo, como reconhecido pelo 1º Fórum Mundial de Juízes:

“somente o Poder Judiciário democratizado em sua plenitude pode garantir os Direitos Humanos e controlar o poder político e econômico”

“A universalização do acesso à justiça se concretiza com um Poder Judiciário democrático e independente, que não se esgota nas jurisdições do Estado, mas se amplia nas Jurisdições Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”.¹¹¹

Como conclui Bonavides, para a devida garantia da ordem constitucional, sem interferência, há que se falar na “criação de um tribunal constitucional que fique fora e acima dos três Poderes clássicos”¹¹².

De tal forma, o controle difuso de constitucionalidade se mostra mais coeso quando do julgamento da constitucionalidade de uma norma que visa a restringir benefícios cuja restrição caberia tão somente à constituição, pois daria ao

¹⁰⁹ Nota estampada em “AMB informa”, número 22, Brasília, 27 de maio de 2002. Apud. BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: Estudos Avançados, 18 (51), 2004. p. 135.

¹¹⁰ Pedro Cruz Villanón, *op. cit.*, p. 86. Apud. BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: Estudos Avançados, 18 (51), 2004. p.132.

¹¹¹ A declaração consta da notícia sobre o Fórum, estampada no *Jornal do Magistrado*, 6, 6, nov. 2001/fev. 2002. Apud. BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: Estudos Avançados, 18 (51), 2004. p.139.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). In: Estudos Avançados, 18 (51), 2004. p.140.

Juiz Singular o poder de acolher a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma perante o caso concreto.

5. A OFENSIVIDADE DAS INFRAÇÕES COMETIDAS NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR

Em seu artigo Princípio da ofensividade e sua importância para o direito penal, Pedro Sidi define o princípio da ofensividade como “a exigência de que somente os fatos ofensivos (leia-se, lesivos ou concretamente perigosos) aos bens jurídicos mais relevantes podem ser alvo da criminalização e de futura sanção penal”, ressalta que este princípio é de suma importância na política criminalista e na interpretação e aplicação da lei penal.¹¹³

Este princípio, em sua função político-criminal, limita o direito de punir do Estado, impedindo o legislador de criminalizar “condutas tidas como inofensivas ou que não tragam perigo real aos bens jurídicos mais importantes”; ao passo que, em sua função interpretativa e dogmática, limita a interpretação e aplicação da norma ao caso concreto, impedindo que “imperfeições da norma alcancem os casos concretos, (...) garantindo a aplicação da norma penal de acordo com os ditames do Princípio da Ofensividade e do texto constitucional”.¹¹⁴

Para parte da doutrina o princípio da ofensividade tem previsão implícita na Constituição Federal que, fundamentada na tolerância, por prezar os direitos da igualdade, pluralidade, liberdade de religião, de crença e de culto, não admite um direito penal que permita “a incriminação da mera desobediência, que puna o estilo de vida das pessoas e o seu modo de pensar”, mas sim, direito penal que “puna o resultado juridicamente relevante e não aquele pautado tão somente na conduta dos cidadãos”.¹¹⁵

Conforme explanado pelo Ministro Cernicchiaro, em decisão do STJ

- REsp 32322, DJ 2.8.93:

"A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem reiterada e insistentemente renegando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido,

¹¹³ SIDI, Perez. Princípio da ofensividade e sua importância para o direito penal. Disponível em: <<http://pedrosidi.jusbrasil.com.br/artigos/121942580/principio-da-ofensividade-e-sua-importancia-para-o-direito-penal>>. Acesso em: 1 abril 2015.

¹¹⁴ Idem. Passim.

¹¹⁵ Id. Passim.

punir pela simples ação, se ela não trouxer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico."¹¹⁶

É notório que, uma vez que definidas quais são as infrações de menor potencial ofensivo (Art. 61, Lei 9.099/95), não é o fato de o delito ser cometido contra um gênero ou a determinação advinda de nova lei que atribuirá pequeno ou grande grau de reprovabilidade, ou o pequeno, médio ou grande potencial ofensivo, mas sim o mensurar da ofensa do delito ao bem tutelado, necessário o resultado.

Aplicando-se subsidiariamente o princípio reserva legal e a execução da pena, que tem por finalidade limitar o poder punitivo do Estado e deixa claro que “os apenados não podem sofrer privações ou restrições além dos limites necessários à execução de sua pena, com vistas ao caráter ressocializador da pena”¹¹⁷, não se pode mitigar os benefícios garantidos pela Constituição Federal em seu art. 98, inciso I, quais sejam a transação penal.

Diante da declaração de constitucionalidade do art. 41, da Lei nº 11.340/06, reconhecendo a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95, conforme explana Maria Berenice Dias, o réu, que tenha cometido delito no âmbito familiar e doméstico, fica submetido aos ritos mais severos da Lei Maria da Penha, mesmo que tenha cometido uma infração de menor potencial ofensivo, impedido de receber os benefícios da transação penal, suspensão condicional do processo.¹¹⁸

Verifica-se, no entanto, em julgados recentes, ainda que para efeitos da substituição da pena, o reconhecimento do pequeno potencial ofensivo de delitos cometidos âmbito familiar e doméstico, conforme decisão proferida pela Justiça do Estado de Goiás, nos autos nº 10148-59.2014.8.09.0097.¹¹⁹ De tal forma, há que

¹¹⁶ RHC 81057/SP, rel. originária Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 25.5.2004. DJ 2.8.93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>>. Acesso em 1 abril 2015

¹¹⁷ DAVICO, Luana Vaz Davico. Os princípios penais constitucionais - análise descomplicada. Disponível em: <<http://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>>. Acesso em: 1 abril 2015.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice apud VELOSO, Lorena. A violência doméstica. Disponível em: <<http://lorena.velosof.jusbrasil.com.br/artigos/133658606/a-violencia-domestica>>. Acesso em: 1 abril 2015.

¹¹⁹ NR. PROTOCOLO : 10148-59.2014.8.09.0097 AUTOS NR. : 9 NATUREZA : ACAO PENAL ACUSADO : CARLOS DANILO DA SILVA VITIMA : MARCIA GRAZIELLY DE JESUS COSTA ADV ACUS : 19794 GO - CARMINO FERREIRA DOS SANTOS DESPACHO : EM RAZAO DESSAS CONSIDERACOES E COM ARRIMO NOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS APLICAVEIS A ESPECIE, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA DENUNCIA, PARA CONDENAR O ACUSADO CARLOS DANILO D A SILVA, JA QUALIFICADO, COMO INCURSO NAS SANCOES DO ARTIGO 147, COMBINADO COM O ARTIGO 5, III, DA LEI N 11.340/06 E ARTIGO 329 DO CODIGO PENAL. PASSO, DORAVANTE, A DOSIMETRIA DA PENA, (...) D) DA

sopesar a necessidade do transcurso de todo o processo legal, para só ao final conceder a substituição da pena cujo teor é o mesmo da suspensão condicional do processo.

Conforme bem aborda Capez, o legislador após tratar de delitos de maior gravidade ao criar a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei n.

SUBSTITUICAO DA PENA. INICIALMENTE, DEVE-SE DESTACAR QUE, EMBORA A GRAVE AMEACA CONSTITUA ASPECTO INSITO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 147 DO CODIGO PENAL, E POSSIVEL A CONVERSAO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO, AINDA QUE SE TRATE DE DELITO PRATICADO NO AMBITO DAS RELACOES DOMESTICAS. **O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA, CONQUANTO EXISTAM JULGADOS EM SENTIDO CONTRARIO, TEM FLEXIBILIZADO A VEDACAO DA SUBSTITUICAO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS CASOS EM QUE A VIOLENCIA E A GRAVE AMEACA NAO SAO INTENSAS**, (...). NESSE SENTIDO, JULGADOS DE AMBAS AS TURMAS COM COMPETENCIA PARA APRECIAR A MATERIA: 1. A VIOLENCIA DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NAO IMPEDE A SUBSTITUICAO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS [...] (HC 209.154/MS, REL. MINISTRO OG FERNANDES, REL. P/ ACORDAO MINISTRO SEBASTIAO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, JULGADO EM 11/10/2011, DJE 28/05/2012). [...] PENAL. VIAS DE FATO. AGRESSAO. AMBITO DAS RELACOES DOMESTICAS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUICAO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. **E RAZOAVEL CONCLUIR QUE A VIOLENCIA IMPEDITIVA DA SUBSTITUICAO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEJA AQUELA DE MAIOR GRAVIDADE E NAO SIMPLEMENTE, COMO NO CASO, MERA CONTRAVENCAO DE VIAS DE FATO, CHAMADO POR ALGUNS ATE MESMO DE "CRIME ANAO" DADA A SUA BAIXA OU QUASE INEXISTENTE REPERCUSSAO NO MEIO SOCIAL**. 2. CONCLUSAO, DE OUTRA PARTE, CONSENTANEA COM O ESCOPO MAIOR DA **LEI MARIA DA PENHA, QUE NAO SE DESTINA PRECIPUAMENTE A CARACTERIZACAO DOS AUTORES DE CONDUTAS PUNIVEIS NO AMBITO DAS RELACOES DOMESTICAS, MAS QUE VISA, SOBRETUDO, PROMOVER A PAZ NO NUCLEO FAMILIAR, EM ORDEM A CONCRETIZAR OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES**. 3. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECE A SENTENCA [...] (HC 180353/MS, REL. MINISTRA MARIA THEREZ A DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, JULGADO EM 16/11/2010, DJE 29/11/2010). [...] ART. 44 DO COD. PENAL (APLICACAO). PENA DE PRISAO (LIMITACAO AOS CASOS DE RECONHECIDA NECESSIDADE). LESAO CORPORAL LEVE E AMEACA (CASO). SUBSTITUICAO DA PENA (POSSIBILIDADE). 1. **TRATANDO-SE, COMO SE TRATA, DE LESAO LEVE E DE SIMPLES AMEACA, A OFENSA RESULTANTE DAQUELA E A DECORRENTE DESTA NAO DIZEM RESPEITO A VIOLENCIA E A GRAVE AMEACA A QUE SE REFERE O INCISO I DO ART. 44 DO COD. PENAL**. (...) 4. A NORMA PENAL PREVE A POSSIBILIDADE DE SE APLICAREM SANCOES OUTRAS QUE NAO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE **PARA CRIMES DE PEQUENA E MEDIA GRAVIDADE**, COMO MEIO EFICAZ DE COMBATER A CRESCENTE ACOA CRIMINOGENA DO CARCERE. 5. ASSIM, **MAIS VALE O DIREITO PENAL PREVENTIVO QUE O DIREITO PENAL REPRESSIVO**. POR SINAL, O AGRAVAMENTO DAS PENAS, POR SI SO, NAO CONSTITUI FATOR DE INIBICAO DA CRIMINALIDADE. 6. HABEAS CORPUS DEFERIDO EM PARTE, PARA SE SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PRESTACAO DE SERVICOS A COMUNIDADE [...] (HC 87644/RS, REL. MINISTRO NILSON NAVES, SEXTA TURMA, JULGADO EM 04/12/2007, DJE 30/06/2008). (...) PROMOVO A SUBSTITUICAO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO SENTENCIADO, NA FORMA DO ART. 44, 2, PARTE INICIAL, PELA SEGUINTE PENA RESTRITIVA DE DIREITO: PRESTACAO DE SERVICOS A COMUNIDADE, DEVENDO A ENTIDADE BENEFICIADA SER DESIGNADA NA FASE DE EXECUCAO, ONDE DEVERA PERMANECER A DISPOSICAO DA MESMA, A RAZAO DE 07 (SETE) HORAS SEMANAIS, DURANTE O PRAZO DA PENA SUBSTITUIDA, EXERCENDO ATIVIDADES COMPATIVAS COM SUAS HABILIDADES PESSOAIS, A CRITERIO DA REFERIDA DIRECAO. SEM CONDENACAO EM CUSTAS PROCESSUAIS, ANTE A ASSISTENCIA JUDICIARIA QUE DEFIRO AO SENTENCIADO. (...) JUSSARA-GO, 27 DE FEVEREIRO DE 2015. JOVIANO CARNEIRO NETO JUIZ DE DIREITO

9.034/95 (Lei do Crime Organizado), atendendo ao art. 98, caput, inciso I, da Constituição Federal e para alcançar a celeridade e informalidade da prestação jurisdicional, editou a Lei 9.099/95, transformando a “tradicional jurisdição de conflito, que obriga ao processo contencioso entre acusação e defesa, e torna esta última obrigatória” em uma “jurisdição de consenso”, buscando a mediação entre as partes e a reparação amigável do dano, evitando a instauração e delonga do processo.¹²⁰

Assim, mais uma vez se levanta a questão, o controle difuso de constitucionalidade se mostra mais coeso quando do julgamento da constitucionalidade de uma norma que visa a restringir benefícios cuja restrição caberia tão somente à constituição, pois daria ao Juiz Singular o poder de acolher a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma perante o caso concreto, verificando o juízo de primeira instância se ocorreu, no caso concreto, delito reconhecido como infração de menor potencial ofensivo, aplicando a Lei nº 9.099/95 elevando o Judiciário à jurisdição de consenso, evitando delongas e dispendiosas lides.

¹²⁰ CAPEZ, Fernando. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS LEI N. 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. In: CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. Volume 4. 2ª ed, Editora Saraiva. p. 535, 2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o caráter dos direitos fundamentais aqui discutidos, direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais, definidos por Rodrigo Colnago como direitos de cunho econômico-social que objetivam melhorar as condições de trabalho e de vida dos indivíduos e dentro destes estão incluídos os direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e às pessoas portadoras de deficiência¹²¹, nesse caso destacar-se os direitos sociais relativos à família, pois tais direitos estão ligados ao direito de igualdade; são pressupostos do gozo dos direitos individuais que permitem o auferimento da igualdade real, que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹²²

Sendo a família base da sociedade e detentora de especial proteção do Estado que visa dar a cada membro da família assistência e também garantir a criação de mecanismo para coibir a violência no âmbito familiar, a fim de que se cumpram os direitos e deveres dos pais e filhos nas formas dos artigos 227, §6º e 229, ambos da Constituição Federal. Cada membro da família deve, juntamente com a sociedade e o Estado, assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹²³ Como ver cumprido o dever de um chefe de família, que por descuido, ou situações cotidianas se vê processado criminalmente restando a este apenas a esperança de se ver absolvido, eis que se condenado não estará livre, digno e capaz de garantir à família a proteção que negou tão somente uma vez, proteção esta que deve fazer não somente em face da mulher, mas também dos filhos.

Sob a égide do princípio da intervenção mínima, o Estado para agir em determinadas situações faz-se necessário o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social existentes, e mesmo quando imprescindíveis, tais ações não deixam de ser intromissões estatais, sendo toleráveis somente quando

¹²¹ COLNAGO, Rodrigo; CAPEZ, Fernando (Coordenador). *Direitos Fundamentais*. In: COLNAGO, Rodrigo. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 72,73.

¹²² SILVA, José Afonso da. *Conceito de direitos sociais*. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 286-287

¹²³ SILVA, José Afonso da. *A família, Tutela da criança e do adolescente*. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 848-849

mostram-se adequadas, necessárias e razoáveis para a solução dos problemas que as motivaram.¹²⁴

Há que se observar o respeito à dignidade da pessoa e também o respeito aos valores da família, tratando os indivíduos como os sujeitos com valor intrínseco sendo posto acima de todas as coisas e em patamar igualitário de direitos com seus semelhantes, e diante do tratamento da pessoa como objeto para satisfazer um interesse imediato mostra-se o desrespeito ao princípio da dignidade. Analisando acerca do direito à privacidade, a divulgação das dificuldades do relacionamento de um casal, porquanto publicidade processual, pode-se contribuir para a destruição da parceria amorosa.

Assim, vislumbrado o conflito entre os direitos fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa da mulher (integridade física e mental), proteção da família ante a privação da liberdade do homem, a violação da privacidade do casal, e a não garantia da efetiva proteção familiar, a declaração da constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha e sua leitura literal, mostra-se razoável e proporcional? Ainda, mostra ter valor social o entendimento de que é incondicionada a ação penal pública quando frente aos crimes de lesão corporal? Para isso, necessita-se aferir a compatibilidade da lei com os fins previstos na Constituição, bem como observar o princípio da proporcionalidade.¹²⁵

Atentando-se à proporcionalidade, os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados, de forma que o evento pretendido pode ser alcançado, e devem ser também necessários, ou seja, se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais, para que haja a consecução dos fins visados.¹²⁶

Em complemento, o princípio da proibição de excesso constitui limite constitucional à liberdade de conformação do legislador¹²⁷, bem como, os subprincípios da adequação exigem que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos e o subprincípio da necessidade

¹²⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direitos Sociais*. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 674-675

¹²⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 311

¹²⁶ BverfGE, 30:292 (316), 39:210 (230-1). *Apud, Idem, Ibidem*, pag. 320.

¹²⁷ Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 447. *Apud*, MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 321

significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Ressalte-se que a conformação do caso concreto pode revelar decisão para o desfecho do processo de ponderação, pois a solução de tais conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática de modo a dar ares reais aos valores jurídicos, de tal forma quando apreciou pedido liminar contra a Medida Provisória n. 173, de 18-3-1990, o Ministro Sepúlveda Pertence votou:

“(...) a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”¹²⁸.

De acordo com a evolução jurisprudencial, entendeu-se que é incompatível com a garantia da individualização da pena, e de total afronta a esta, a não aplicação da progressão de regime para os réus condenados pela prática de crimes hediondos, pois impossibilita a consideração das particularidades, capacidade de ressocialização, de cada indivíduo. Tal regra se revela carta em branco oferecida ao legislador, descaracterizadora de garantias fundamentais.¹²⁹

Por todo o exposto, mostrar-se-ia mais sábia a decisão de deixar para o controle difuso de constitucionalidade, a ser exercido pelo Juiz singular a decisão acerca da aplicação ou não dos art. 16 e 41 da Lei nº 11.340/06, dando ao juiz capacidade para decidir caso a caso, se cabível a retratação da ofendida, se possível a suspensão condicional do processo ou a transação penal, para evitar a exposição da vida conjugal ao público; para garantir a proteção à família, eis que se iniciado o Processo Penal, haverá a oitiva da vítima e do acusado que em suas declarações podem vir a desestabilizar a família, eis que vão se contradizer.

O juiz, verificando as condições da vítima e do acusado, poderia aferir se a vítima ainda está sob os efeitos de violência doméstica e a necessidade

¹²⁸ ADI 223, Rel. para o acórdão Sepúlveda Pertence, RTJ, 132/571 (598-590). Apud, MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 328

¹²⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 582

da persecução penal, e não o sendo poderia oferecer um benefício ao réu que fizesse jus a tal, para que este não fosse surpreendido por uma condenação e com isso deixasse de prover as necessidades de seu lar e sua família.

Ainda, para garantia efetiva do direito fundamental à família, a suspensão condicional do processo ou a transação penal, quando a vítima manteve-se unida, casada com o agressor e superou a(s) situação(ões) de violência, mostra-se acertada a decisão, eis que não há risco de ir além do interesse da vítima, qual seja, tão somente cessar a violência, atende aos interesses estatais porquanto vincula o agressor ao processo por dois anos e o obriga ao cumprimento de algumas condições que podem levá-lo à ressocialização que é o objetivo de toda e qualquer pena, acarretando uma mudança subjetiva do agressor, tornando-o em muitos casos o marido ou companheiro que a vítima buscava quando do registro da ocorrência. Ao passo que, condenando, prejudicando, prendendo o companheiro, cônjuge apenas para dar cumprimento à norma penal com a aplicação da sanção, pode trazer prejuízos mais graves aos sujeitos da relação familiar.

A Lei Maria da Penha se tornou o amparo judicial em política de saúde pública, eis que muitas vezes a vítima, quando registra ocorrência policial por violência doméstica, busca tão somente o tratamento para um problema psicológico, mental, de alcoolismo ou de uso de substância ilícitas que, porventura, atinja o seio familiar. Assim, elogiável e justo é o entendimento expressado pela Juíza do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Brasília de que a suspensão condicional do processo é mecanismo mais eficaz do que toda a tramitação do processo, eis que propicia ao ofensor a reflexão sobre sua conduta e suas consequências, ao contrário de eventual condenação em que a pena a ser aplicada é ínfima e tem o regime aberto eleito para seu cumprimento, o que implicaria, na verdade, em sentimento de impunidade na vítima, dada a impossibilidade de cumprimento em estabelecimento específico dessa modalidade de punição. Com a suspensão condicional do processo vincula-se o acusado por 2 anos ao cumprimento de medidas que visam afastar a repetição da violência contra a mulher e cumprida a suspensão condicional do processo o sursitário não carregará o estigma da reincidência, o que não o impedirá de conseguir trabalho, meio de sustento para a família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Ana. **Feminicídio: uma barbárie contra as mulheres**. Disponível em: <<http://www.anaaffonso.com.br/2013/07/feminicidio-uma-barbarie-contra-as.html>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

AFFONSO, Beatriz; PENHA, Maria da; PANDJIARJIAN, Valéria. **O caso Maria da Penha**. Folha de São Paulo. São Paulo: 07 de julho de 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 9a ed., São Paulo: Ícone, 2001. p. 291/292.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regaras e princípios segundo Robert Alexy**. Esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 42. n.165 jan./mar. 2005. Pág. 123 – 134.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. In: Sessão solene da formatura da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 1921. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/aosmoccos.html>>. Acesso em: 9 dez. 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 42.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. Ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). In: Estudos Avançados, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/ lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf)>. Acesso em 25 fev. 2014

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro-RJ, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília-DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 7 ago. 2012.

BRASIL. **Poder Judiciário Do Estado Do Rio De Janeiro - Lei Maria da Penha**. Revista Jurídica nº 09, s.n.t.

BRASIL. Senado Federal. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher**. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>> Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Violência doméstica** – Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – Alcance. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. Violência doméstica – Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – Afastamento da Lei Nº 9.099/95 – Constitucionalidade. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher. Acórdão em Habeas Corpus nº 106.212/MS. Cedenir Balbe Bertolini e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 24.03.2011. DJE, 13.06.2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO**. O artigo

1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. **COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.** O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO.** O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 DF. Órgão julgador: Tribunal do Pleno. Requerente: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 9.2.2012. DJE, 29.4.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA.** A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. Órgão julgador: Tribunal do Pleno. Requerente: Procurador-Geral Da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 9.2.2012. DJE: 1.8.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 ago. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. **Despacho na Ação Penal nº 2010.01.1.011539-6.** Disponível em: “<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=127&CDNUPROC=20100110115396>>. Acesso em 28 ago. 2011.

COLNAGO, Rodrigo; CAPEZ, Fernando (Coordenador). **Direitos Fundamentais.** In: COLNAGO, Rodrigo. Direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O conteúdo Jurídico da Dignidade da pessoa humana.** In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras complementares do Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, pp. 113-135, 2007.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **CASO 12.051, Relatório Nº 54/01,** (Maria da Penha Maia Fernandes) (BRASIL). S.I., 2011. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2001port/capitulo3c.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

Comissão para **IV Conferência Mundial sobre a Mulher** em Pequim, segundo a Diplomata Maria Luiza Ribeiro Viotti, Ministra e Diretora-geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores. Brasília: 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf> Acesso em: 5 jun. 2013.

Comissão Sobre a Situação da Mulher. **A eliminação e a prevenção de todas as formas de violência contra mulheres e meninas.** (Traduzido por Telia Negrão. Versão Provisória do Texto da 57ª Comissão Situação da Mulher/CSW, da ONU). Brasil: 15 de março de 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS LEI N. 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** In: CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. Volume 4. 2ª ed. Editora Saraiva. pp. 534-583, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível.** Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Lei Maria da Penha não reduziu morte de mulheres por violência, diz Ipea.** G1, São Paulo. s.n.t. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/09/lei-maria-da-penha-nao-reduziu-morte-de-mulheres-por-violencia-diz-ipea.html>> Acesso em: 25 set. 2013

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em Ciências Sociais.** 3ª.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2. Ed. ver. atual. e ampl. - São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi, posso contar**. Ceará: CCDM/Secretaria de Cultura do Estado do Ceará, 1994.

FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire / Paulo Freire**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 1921 [tradução de Kátia de Mello e Silva; revisão técnica de Benedito Eliseu Leite Cintra]. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários á prática educativa**. 35. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; SILVA, Gabriela Drummond Marques da, HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. IPEA. s.n.t. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HAMILTON, Alexander et al. **Os juízes como guardiões da Constituição**. In: HAMILTON, Alexander et. al. O Federalista. Brasília: Ed. UNB, 1984. Cap. 78.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro, México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001. Discurso proferido em 25.5.2009 na embaixada da República Federal da Alemanha por ocasião dos 60 anos da lei fundamental de Bonn.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; MEIRELLES, Giselle Meirelles. **Problematizando o conceito de Empoderamento**¹. Anais do II Seminário Nacional Movimentos Sociais, Participação e Democracia, 25 a 27 de abril de 2007, UFSC, Florianópolis, Brasil. Núcleo de Pesquisa em Movimentos Sociais – NPMS. ISSN 1982-4602.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRACO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Disponível em: <www.dicionarioeletronicodalnguaportuguesa.com.br>. Acesso em: 02 fev. 2013.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **As Cláusulas Pétreas**. Disponível em: <<http://www.profpito.com/asclausulaspetreas.html>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

LOPEZ-CLAROS, Augusto. WORLD ECONOMIC FORUM. **Empoderamento das Mulheres: Avaliação das Disparidades Globais de Gênero**. 2005.

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

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 117.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, Saraiva, 2002.

PEREIRA, Mariana Alvarenga Eghrari. **Violência contra a mulher: até quando?** In: **Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica**. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Brasília: FNEDH, 2006. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

Resolução 34/180, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.); LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

SCHMITT, Carl. **A teoria do direito público do “poder neutro” (pouvoirneutre)**. In: SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição: Terceira Parte – O Presidente do Reich como guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUELLER, Larissa Pinheiro. **Controle Difuso de Constitucionalidade**. Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de São Gonçalo. Controle de Constitucionalidade: Fundamentos Teóricos e Jurisprudenciais segundo Magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_140.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013.

SILVA, Aline. **A cada cinco minutos, uma mulher é agredida no país**. Reportagem: Artigo publicado na internet, Portal do Fantástico, G1 (TV Globo): 2006. Disponível em: <<http://www.g1.com.br/fantastico>>. Acesso em: 07 maio 2012.

SILVA, Maria Isabel da. **Justiça tem dificuldade de aplicar a Lei Maria da Penha**. Programa DFTV. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=01Ilqmls6Uw>>. Acesso em: 28 de agosto de 2011.

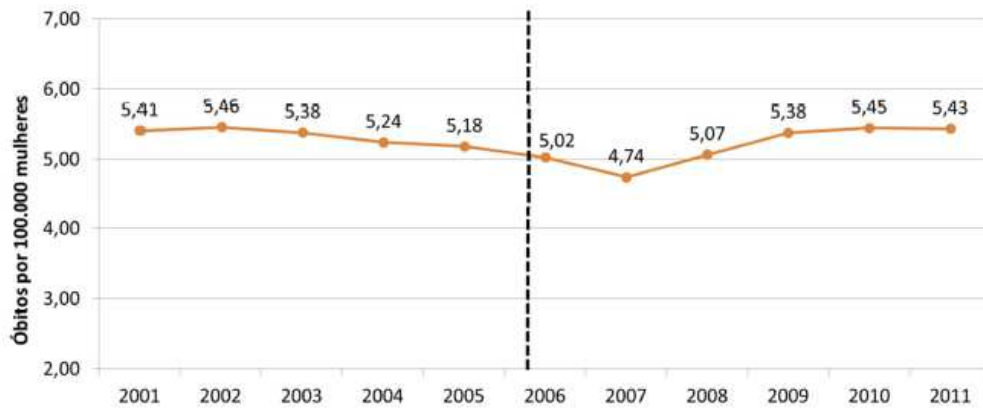
SILVA, Maria Isabel da. **Álcool - Combustível da Violência**. Maria Isabel da Silva. Juíza de Direito Titular do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Artigo publica no CB de 12/01/2010 e na Revista TJDF, edição dez/2009. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/alcool...-combustivel-da-violencia-juiza-maria-isabel-da-silva>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 77, n. 3, p. 274-292, jul./set. 2011. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/27001/012_silva.pdf?sequence=4>. Acesso em: 02 nov. 2013.

STF. **ADC 19: dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais**. Brasília-DF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalh>>. Acesso em: 30 maio 2012.

**ANEXO A - AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA LEI MARIA DA PENHA,
MORTALIDADE DE MULHERES POR AGRESSÕES ANTES E APÓS A
VIGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.**



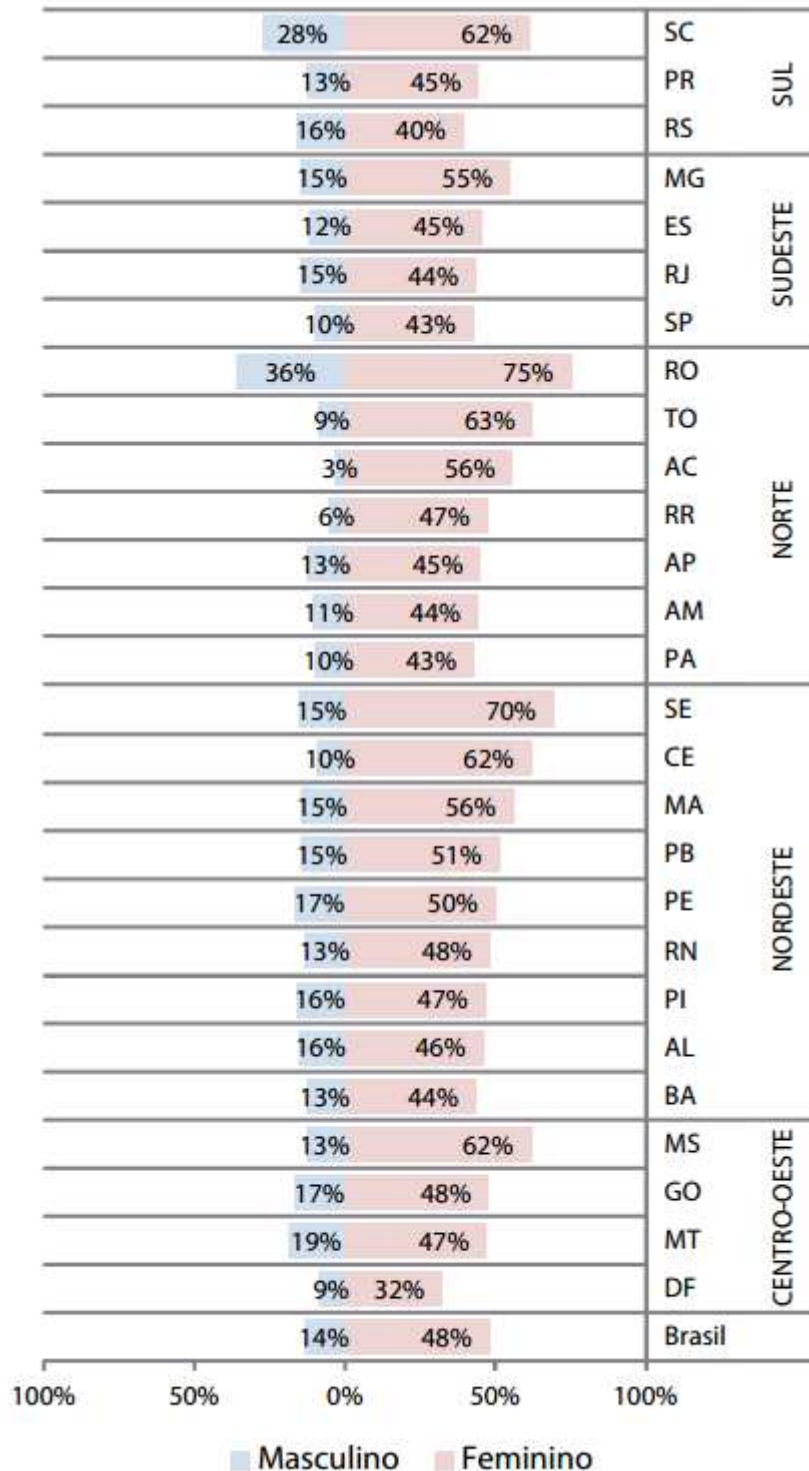
Fonte: IPEA 2013

ANEXO B - NÚMERO E TAXAS DE HOMICÍDIO FEMININO (EM 100 MIL MULHERES) PELAS TRÊS MAIORES E MENORES POSIÇÕES POR UF. BRASIL. 2010.

UF	Nº	Taxa	Posição		UF	Nº	Taxa	Posição
Espirito Santo	175	9,8	1º		Santa Catarina	111	3,5	25º
Alagoas	134	8,3	2º		São Paulo	671	3,2	26º
Paraná	338	6,4	3º		Piauí	40	2,5	27º

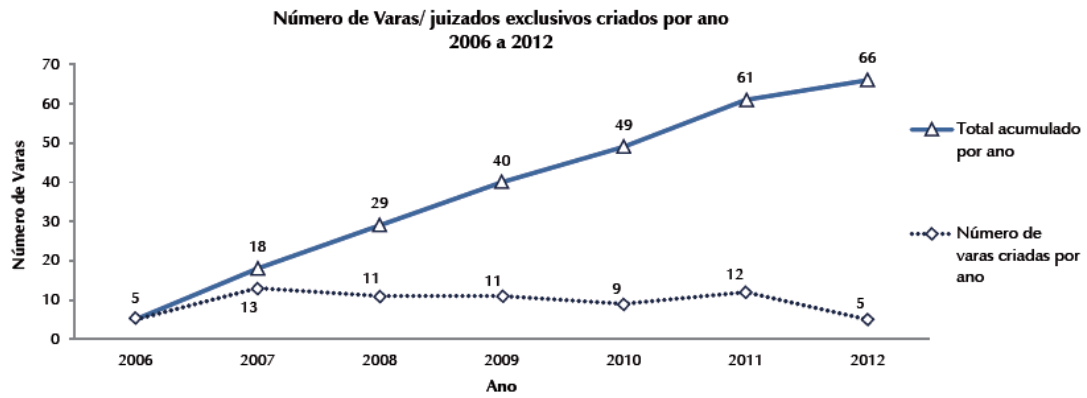
Fonte: Mapa da violência 2012

ANEXO C - PERCENTUAL DE VÍTIMAS DE AGRESSÃO FÍSICA NA PRÓPRIA RESIDÊNCIA EM RELAÇÃO AO TOTAL DE PESSOAS QUE SOFRERAM VIOLÊNCIA POR SEXO E UF/REGIÃO



Fonte: Pnad/IBGE

ANEXO D – NÚMERO DE VARAS/JUIZADOS EXCLUSIVOS CRIADOS POR ANO



Fonte: Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ
Elaboração: DPJ/CNJ