



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
SANDRA VIANA PINHEIRO

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E O
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA EM
FACE À LEI MARIA DA PENHA

FORTALEZA – CEARÁ
2007

Sandra Viana Pinheiro

A Violência Doméstica e Familiar e o Princípio
Constitucional da Isonomia em Face à Lei Maria da
Penha

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em
Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do
Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade
Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do
Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do
título de especialista em Direito Processual Constitucional e
Direito Processual Constitucional.

Orientadora: Profa. Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro
Chaves

Fortaleza – Ceará



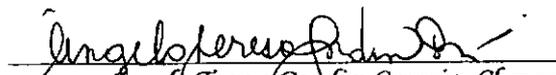
COMISSÃO JULGADORA

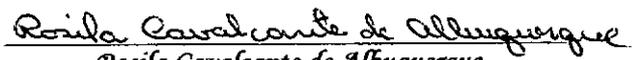
JULGAMENTO

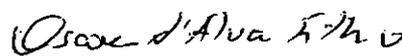
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Sandra Viana Pinheiro
Monografia: A Violência Doméstica e Familiar e o Princípio Constitucional da Isonomia em Face da Lei "Maria da Penha".
Curso: Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 061/2007
Data de Defesa: 02/07/2007

Fortaleza - CE, 02 de Julho de 2007.


Angela Tereza Gondim Carneiro Chaves
Orientadora/Presidente/Mestre


Rosila Cavalcante de Albuquerque
Membro/ Doutora


Oscar d'Alva e Souza Filho
Membro/ Livre Docente

RESUMO

O presente estudo tem por escopo determinar como posicionar-se em respeito ao princípio da isonomia frente à exclusão expressa de aplicação das regras insculpidas na Lei nº 9.099/95 pela Lei nº 11.340/2006. O real alcance do princípio da isonomia no ordenamento jurídico brasileiro incentiva o estudo do Direito Penal e também do Direito Constitucional com o fim de interdisciplinar as duas áreas jurídicas correlatas. A evolução constitucional garantidora do estado de igualdade entre os seres humanos, assegura tratamento igualitário às pessoas que se encontram em situação idêntica. Com o advento da Constituição Federal de 1988, para se falar em princípio da isonomia, tem-se, obrigatoriamente, que conferir a devida magnitude à dignidade da pessoa humana. O princípio da isonomia consubstancia-se, portanto, no direito de tratamento igualitário para as pessoas que se encontram em situação idêntica. Assim, à primeira vista, poder-se-ia pensar que a não aplicação da Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica, acaba por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher, criando uma desigualdade, não amparada pela Constituição Federal, no entanto, será demonstrado no curso do presente trabalho que o tratamento diferenciado, destina-se, exatamente, a garantir a igualdade entre os sexos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	09
1.1 O que é a violência doméstica e familiar.....	09
1.2 A lei nº 11.340/2006, batizada como lei “Maria da Penha”.....	15
1.3 Medidas protetivas de urgência.....	19
2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	23
2.1 Conceito e aspectos gerais.....	23
3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	35
3.1 Da redução das desigualdades.....	35
3.2 Não incidência dos institutos despenalizadores da lei nº 9.099/95.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, ressalto que a escolha do tema em questão se deveu em razão da atividade profissional do cargo de Promotor de Justiça que exerço há mais de dez anos, sendo que, quase que, diariamente, deparo-me com casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e, na maioria das vezes, como o próprio tema sugere, figura a mulher como vítima e o homem (marido, companheiro, namorado, etc.), como agressor e, por essa razão, o tema despertou-me o interesse com visto de um maior aprofundamento em torno do mesmo.

No Brasil, a situação de vulnerabilidade das mulheres à agressão física e moral perpetrada por seus familiares, em especial maridos ou companheiros, é muito grave.

Tradicionalmente, tem-se a tendência de naturalizar a violência doméstica, o que supostamente legitima tratá-la como um problema exclusivamente de foro privado, inclusive, popularmente há quem repita: "*Em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher!*", gerando uma tácita aprovação ao fato e ao comportamento de banalização da sociedade em geral.

A presente monografia visa a abordar a problemática posta entre a coexistência no ordenamento jurídico pátrio do princípio da isonomia e da supressão de direitos fundamentais que negam a isonomia no preceituado na Lei 11.340/2006, ao dispor a exclusão da incidência da Lei nº 9.099/95 em hipóteses de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tal abordagem, enquanto objeto de pesquisa, traz, ainda, a proposta de ampliação de questionamentos teóricos, observando fatos concretos e com o intuito de defender uma nova postura do Estado nos domínios da vida privada.

A elaboração da presente pesquisa se destina ao estudo da ordem jurídico constitucional, com enfoque especial para os princípios constitucionais instituidores dos Direitos Humanos Fundamentais.

O aprofundamento na temática escolhida também é um objetivo a ser alcançado, como consequência lógica da busca de melhor conhecimento do tema.

A partir de questionamentos baseados em fatos concretos estabeleceu-se a escolha do objeto da presente monografia.

O presente trabalho objetiva encontrar as raízes do princípio constitucional da isonomia, buscando-as na história da humanidade, para que se possa, então, acompanhar sua inserção e evolução no nosso ordenamento jurídico, atingindo-se, por consequência, seu verdadeiro sentido no Estado Democrático de Direito.

A preservação do princípio da isonomia em nosso texto constitucional, conciliando-se sua interpretação à necessidade de proteção às vítimas da violência doméstica, é, sem dúvida, uma meta que a presente pesquisa busca concretizar.

Qualquer trabalho intelectual será norteado pela metodologia.

Segundo BRUSCATO (2002: 25):

Escolhido, delimitado e problematizado o seu tema, você já está pronto para iniciar o trabalho prévio de seleção de obras para a pesquisa. Você deverá consultar vários autores que escreveram sobre o assunto, selecionando material nas obras jurídicas, bem como periódicos especializados, jornais, Internet. Este é o ponto de partida da pesquisa. Você já sabe sobre o que vai escrever e quais as dúvidas que deseja solucionar, comprovando ou contrariando sua posição inicial. Já sabe quais os limites da pesquisa. Agora deve buscar as fontes

Para que se possa chegar às conclusões que o tema sugere, é necessário primeiramente que se faça uma compreensão teórica dos direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988, dentre os quais o princípio da isonomia. Para atingir este desiderato, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica e nos meios eletrônicos, além de artigos em revistas especializadas.

Há de ser exposto, ademais, o ideal de que o trabalho a ser realizado apresente-se relevante socialmente, com vistas a que cumpra seu papel de socializar o conhecimento acumulado durante a sua feitura.

Visa, também, a despertar um incentivo à discussão do tema e fomentar a produção de futuras publicações, impulsionando, assim, as pesquisas jurídicas.

Busca-se, ademais, que a pesquisa a ser desenvolvida cumpra o papel de socializar o conhecimento acumulado.

1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

1.1 O que é a violência doméstica

No entanto, a partir do final dos anos 70 começaram a surgir denúncias crescentes acerca da violência doméstica, com relatos de espancamentos, ameaças e até, chegando ao resultado mais drástico, homicídios de mulheres.

Muitos destes casos eram tratados pelo Judiciário e pelo próprio Tribunal Popular do Júri, órgão julgador dos crimes dolosos contra a vida, como "legítima defesa da honra", nos quais homens ofendidos tinham uma autorização tácita da sociedade para matar suas mulheres, com absolvições judiciais ou processos intermináveis que levavam à prescrição da pretensão punitiva estatal, resultando na impunidade dos homens.

Por outro lado, nem sempre a violência doméstica vem descrita como tal nos processos judiciais e, não raras vezes, o acionamento do Poder Judiciário é feito de forma camuflada, sendo deduzidos como pedidos de pensão de alimentos, ação de guarda de menores, investigação de paternidade, ações essas, na maioria dos casos, decorrentes de separações motivadas por ambientes violentos e, ainda, casos de separações judiciais ou divórcios incentivados pela violência doméstica e, em alguns casos, previamente havia o ajuizamento de ação cautelar buscando o afastamento do agressor do lar conjugal, tendo em vista o permissivo do Código de Processo Civil.

No entanto, muitos casos de tal natureza, sequer chegam ao conhecimento dos aparelhos do Estado, pois tais fatos, não raras vezes, vivem e

sobrevivem no "silêncio" da vida privada, na violência moral, psicológica, na violência física que não consegue ser provada e que continua a ser suportada pela mulher.

Em 1982 foi criado o SOS - Mulher, de São Paulo, uma iniciativa não governamental de ajuda solidária a mulheres em situação de violência, com o objetivo de prestar serviços voluntários e autônomos de apoio jurídico, psicológico e social às vítimas.

O número de denúncias foi tão expressivo e as dificuldades encontradas para encaminhamento junto aos órgãos de segurança pública foram tantas que houve a premente necessidade da formulação urgente de políticas na área. Assim, surgiu a "delegacia da mulher", como uma forma de atendimento específico da violência contra as mulheres dentro do aparato policial, ligada à Secretaria de Segurança Pública.

Cumprê esclarecer que, a primeira Delegacia da Mulher somente foi criada no ano de 1985 na Cidade de São Paulo. A finalidade de criação de tais instituições não tem o caráter discriminatório, mas sim, a função de suprir a lacuna da diferença, ou seja, uma vez a não previsão do sistema para questões dessa natureza surge a necessidade de criar formas alternativas, possibilitando, assim, uma melhor noção da realidade e, por conseqüência a possibilidade de criar medidas concretas e eficazes para o atendimento ao conflito de urgência, bem como facilitar o trabalho de prevenção.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 8º, passou a admitir a violência doméstica, além de atribuir ao Estado a responsabilidade de coibi-la: O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito privado de suas relações.

Como alternativa para minimizar a crise vivida pela Justiça, como o problema da morosidade e da saturação do Judiciário e ainda a superpopulação carcerária, foi aprovada a Lei nº 9099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os quais já eram previstos na Constituição Federal no seu art. 98, I.

Os Juizados Especiais Criminais foram criados visando proporcionar uma simplificação da Justiça Penal, possibilitando soluções mais rápidas, buscando minimizar o ônus na demora processual, baseando-se nos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Assim, houve uma desformalização do processo criminal, através de mecanismos rápidos, simples e econômicos para aquelas infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, o mínimo de morosidade para decidir fatos típicos de ínfima expressão do ponto de vista da reprovabilidade social.

Dessa forma, buscou-se proporcionar ao sistema judicial desprender mais atenção à investigação e o julgamento de graves atentados aos valores tutelados pelo direito e que possuíam maior expressão do ponto de vista da reprovabilidade social, como observado no parágrafo anterior.

Ocorria que, a partir da edição da Lei nº 9.099/95, tendo em vista a natureza da violência contra a mulher, quase que a totalidade da demanda de violência doméstica que chegava aos aparelhos judiciais do Estado eram encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, eis que eram tratadas como infrações penais de menor potencial ofensivo (por exemplo: os delitos de ameaça, lesões leves dolosas e culposas, maus tratos, constrangimento ilegal, abandono moral e intelectual), face a pena máxima abstrata cominada ao crime ser igual ou inferior a um ano.

A Lei nº 9.099/95 apenas previa que se consideram infrações de menor potencial ofensivo, segundo o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima igual ou inferior a um ano, sendo posteriormente ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para infrações penais cuja pena máxima abstrata fosse igual ou inferior a 02 (dois) anos.

A relação entre a violência doméstica e os Juizados Especiais Criminais surgiu porque a maioria dos delitos cometidos contra a mulher se enquadrava naqueles de pena máxima igual ou inferior a um ano e posteriormente de dois anos, ou seja, eram abrangidos pela competência dos Juizados Especiais Criminais.

Nos casos de violência entre os casais o sistema penal é acionado, prioritariamente, como instrumento de obtenção de segurança, meio utilizado para erradicar a violência familiar e gerar proteção, todavia, a abrangência dos crimes praticados contra a mulher no âmbito da Lei nº 9.099/95, terminou mostrando-se insuficiente, visto que não diminuiu os casos de mulheres agredidas por seus maridos, namorados, pais, etc.

Em razão de tal fato e associado à necessidade de uma intervenção estatal mais forte, com a finalidade de combater a violência doméstica, foi criada no mês de agosto do ano de 2006, a Lei nº 11.340/2006, também chamada de "Lei Maria da Penha", a qual passou a tratar os casos de violência doméstica com maior rigor, inclusive, não mais permitindo a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 e admitindo prisão em flagrante e a instauração de inquérito policial, além de prever diversas medidas protetivas de urgência como forma de garantir a integridade física e psicológica da mulher.

Para se entender o presente estudo, é preciso ter em mente o que vem a ser violência, vejamos a definição dada pelas autoras da obra "O que é Violência contra a Mulher"

Segundo TELES (2002: 15):

Violência, em seu significado mais freqüente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano.

Dessa forma, a violência pode ser definida como uma maneira de tolher a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física e moralmente.

Para a autora Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, em artigo "A violência doméstica como violação dos direitos humanos", extraído do site do Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>:

Violência, em seu significado mais freqüente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma forma de violação dos direitos essenciais do ser humano.

Segundo, ainda, as autoras TELES e MELO da obra intitulada "O que é Violência contra a Mulher", a própria expressão "violência contra a mulher" foi assim concebida por ser praticada contra pessoa do sexo feminino, apenas e simplesmente pela sua condição de mulher. Essa expressão significa a intimidação da mulher pelo homem, que desempenha o papel de seu agressor, seu dominador e seu disciplinador.

Acrescenta, ainda, TELES (2002: 19) que:

Violência doméstica é a que ocorre dentro de casa, nas relações entre as pessoas da família, entre homens e mulheres, pais/mães e filhos, entre jovens e pessoas idosas. Podemos afirmar que, independentemente da faixa etária das pessoas que sofrem espancamentos, humilhações e ofensas nas relações descritas, as mulheres são o alvo principal.

Alertam as autoras que alguns preferem denominar como “violência intrafamiliar”, posto que a violência é decorrente das relações domésticas, mas não, necessariamente, ocorrem no ambiente doméstico.

Para o doutrinador SOUZA (2007: 36):

Nesta acepção têm-se que a garantia da proteção da mulher, enquanto ser humano mais suscetível de sofrer com o fenômeno da violência, aqui é expressada não só no âmbito das relações do grupo familiar que integra, bem como nos demais âmbitos sociais. Não obstante as pesquisas realizadas sob o manto das Nações Unidas indicarem que é no seio do grupo familiar que a mulher mais sofre violências, praticadas principalmente pelo seu marido, companheiro ou convivente, pai e irmão, sendo certo que os maus-tratos e violências também se desenvolvem nos mais diversos contextos sociais e dentro da acepção “violência contra as mulheres”, todas essas formas de violência tendo como sujeito passivo uma mulher, estão abrangidas neste conceito.

Cumprе esclarecer que a Lei nº 11.340/2006 se destina a proteger a mulher vítima de violência doméstica e no que tange aos demais vitimizados, em sua maioria crianças e idosos, já existe legislação específica para ampará-los como a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

A violência doméstica e familiar é um fenômeno perverso que afeta mulheres, crianças e idosos com sérias conseqüências, comprometendo o exercício da cidadania e dos direitos humanos, por essa razão, houve a necessidade do Estado em intervir nos domínios da vida privada, como forma de coibir esses tipos de violência, razão pela qual foram editadas as Lei nº 8.069/90) Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso e, por último, a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, sobre a qual se funda o presente estudo.

1.2 A lei nº 11.340/2006, batizada como lei “Maria da Penha”

A Lei nº 11.340/2006, também conhecida como Maria da Penha, é uma justíssima homenagem à cearense Maria da Penha que foi injustamente agredida por seu próprio marido, o economista Marco Antônio Heredia Viveiros, oportunidade em que a vítima dormia, quando foi alvejada por um disparo de espingarda, fato ocorrido no dia 29 de maio do ano 1983, nesta Cidade de Fortaleza, ficando paraplégica, sendo que, posteriormente a tal fato, a vítima sofreu novo ataque do marido, recebendo descarga elétrica quando tomava banho na residência do casal.

Após tais fatos, a biofarmacêutica Maria da Penha empreendeu luta em prol de conseguir justiça para o caso e, ante a demora em uma resposta pela Justiça, terminou levando o caso ao conhecimento de organismos internacionais, o que culminou com uma condenação do Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA (Organização dos Estados Americanos), responsabilizando-o por negligência e omissão em relação à violência doméstica e recomendou a tomada de medidas com base no Caso Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, § 8º, 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, dispondo, ainda, 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. 1º).

Assim, a mulher vítima de violência doméstica passou a contar com proteção legal, de caráter repressivo e, ainda, preventivo e assistencial, dado que a Lei Maria da Penha criou mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão.

A lei em comento prevê que 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.

Some-se à isso que a referida lei prevê que a violência doméstica é a praticada no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, bem como 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 e, ainda, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (art. 5.º).

Para melhor entendimento das previsões da Lei Maria da Penha, transcrevemos abaixo os artigos 5º e 7º:

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. (grifos nossos)

Como acima transcrito, em seu parágrafo único, o art. 5.º, da Lei Maria da Penha, prevê expressamente que as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual, com isso, abrangendo a hipótese de proteção às relações homoafetivas, ou seja, protegendo a mulher homossexual quando vítima de violência doméstica por parte de sua parceira.

Trata-se de inovação na legislação pátria, ao ampliar a proteção para as uniões homossexuais entre mulheres, inclusive, podendo ser aplicadas as medidas protetivas de urgência, tais como afastamento do lar da agressora, restrição de visitas ao filho eventualmente adotado, fixação de alimentos, etc.

Para os efeitos da Lei em análise, consoante dispõe o art. 7º, acima transcrito, são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outras, a violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

A violência física, prevista no inciso I, do art. 7.º, da Lei nº 11.340/2006, consiste no uso da força física, mediante agressões como socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras, etc., ou seja, todo ato tendente a provocar sofrimento físico, capaz de ofender a integridade ou a saúde corporal da mulher, podendo ou não deixar marcas aparentes.

A violência psicológica, descrita no art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, traduz-se em agressão emocional, configurando-se nos casos de ameaça, rejeição, humilhação ou discriminação da vítima, agindo o agressor de modo que a vítima se sinta amedrontada, inferiorizada e diminuída, operando intenso sofrimento psicológico na vítima.

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, consoante dispõe o art. 7º, inciso III, da Lei nº 11.340/2006.

A violência patrimonial consiste em 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 (art. 7.º, inciso IV, da Lei nº 11.340/2006).

A violência moral, por sua vez, consiste em qualquer conduta que configure as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria, nos termos do art. 7.º, inciso V, da Lei Maria da Penha.

1.3 Medidas protetivas de urgência

A Lei nº 11.340/2006, visando à integral proteção da mulher vítima de violência doméstica, traz em seu bojo as denominadas medidas protetivas de urgência, que se dividem naquelas que obrigam o agressor (art. 22) e nas que simplesmente protegem a ofendida (arts. 23 e 24). Cumpre esclarecer que as medidas especificadas em cada um dos artigos mencionados são sempre exemplificativas, não esgotando o rol de providências protetivas passíveis de adoção, posto que os art. 22, 23 e 24 da aludida lei, prevêm que o juiz poderá adotar, dentre outras, as medidas protetivas de urgência especificadas na lei em análise.

Para facilitar a compreensão das medidas previstas na lei em comento, transcrevemos abaixo os artigos que tratam das medidas protetivas de urgência:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Cumpre esclarecer que as medidas previstas nos incisos I, II e III ("a", "b" e "c"), do artigo acima transcrito, são cautelares de natureza penal. Portanto, se vinculadas à infração penal cuja ação seja de iniciativa pública, somente podendo ser requeridas pelo Ministério Público, não cabendo à ofendida, até porque são medidas que obrigam o agressor, não se destinando, simplesmente, à proteção da

ofendida. Sendo assim, não está ela legitimada a requerer tais medidas, o que só pode ser feito pelo Ministério Público.

No que tange às medidas previstas nos incisos IV e V são cautelares típicas do Direito de Família, podendo, por conseguinte, a vítima, parte legítima, a requerer, sendo necessária a assistência de Advogado ou Defensor.

Outras medidas de proteção encontram-se previstas nos arts. 23 de 24, abaixo transcritos.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Observa-se que o art. 23, III e IV contempla medidas cautelares típicas, novamente, do Direito de Família, necessitando, em razão disto, que a ofendida se faça representar por Advogado ou Defensor para requerê-las.

Por outro lado, as medidas previstas no art. 24, também são cautelares de cunho eminentemente patrimonial, com natureza extrapenal, sendo legitimada a requerer a própria interessada, porém assistida por Advogado ou Defensor.

Está a se sustentar aqui que, nada obstante o disposto no art. 12, III e § 1º, 18, I, e 27, fine a ofendida não tem capacidade postulacional para pedir diretamente ao Juiz a aplicação das medidas protetivas de urgência com natureza cautelar, embora seja a única legitimada caso se tratem de cautelares penais vinculadas a crime de ação penal de iniciativa privada ou cautelares extrapenais, necessitando, portanto, de assistência de Advogado ou Defensor.

Assim, é necessária uma interpretação sistemática dessas medidas, as quais se encontram inseridas no sistema cautelar do processo penal e do processo civil. Neste sentido, anota-se, inclusive, que as medidas cautelares de natureza extrapenal estão sujeitas às regras de caducidade estabelecidas nos arts. 806, 807 e 808 do Código de Processo Civil.

O art. 19 é neste sentido – as medidas protetivas de urgência serão concedidas pelo Juiz a requerimento do Ministério Público (quando se tratarem de cautelares de natureza penal vinculadas a infração penal cuja ação for de iniciativa pública) ou a pedido a ofendida (quando a ação penal a que se vincularem for de iniciativa privada ou quando se tratar de medidas cautelares extrapenais ou meramente administrativa, no último caso, apenas, prescindindo-se da assistência de Advogado ou Defensor), conforme aqui delimitado.

Por outro lado, os arts. 27 e 28 [22], que prevêm a Assistência Judiciária à ofendida desde o atendimento policial (inclusive para os fins do art. 12, III e § 1º, como aqui se sustenta).

Por sua vez, o art. 27, fine, ressalva a necessidade de assistência por Advogado ou Defensor nas hipóteses de medidas protetivas de urgência. No entanto, a interpretação sistemática que aqui se propõe conforma o âmbito de incidência do aludido dispositivo, para que só desonere a ofendida da representação

judiciária nas hipóteses de medidas protetivas de natureza meramente administrativa (art. 23, I e II, somente, como já dito acima).

2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

2.1 Princípio da isonomia: conceito e aspectos gerais

O direito a tratamento isonômico entre homens e mulheres é um dos princípios constitucionais previstos no ordenamento jurídico-constitucional, constituindo-se em garantia constitucional que visa a igualdade entre as partes, sem qualquer distinção em razão do sexo.

A propósito a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, em seu art. 5.º, inciso I, proclama:

Art. 5.º. 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;

A igualdade consiste, portanto, em tratar igualmente os iguais, assegurando-lhes os mesmos direitos e obrigações, e desigualmente os desiguais.

Acerca do assunto, o ilustre doutrinador SILVA (2005: 217), discorre:

Importa mesmo é notar que é uma regra constitucional que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.

O direito de igualdade consiste, portanto, em afirmar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (CF, art. 5.º, caput), não se admitindo discriminação de qualquer natureza em relação aos seres humanos.

No entanto, com a edição da novel Lei nº 11.340/2006, também denominada de Lei Maria da Penha, observa-se que homens e mulheres são tratados de maneira desigual, colocando a mulher como sujeito passivo da violência doméstica, e na qual, na maior parte das vezes, figura o homem como sujeito ativo.

Questão a ser examinada é saber se a aludida Lei Maria da Penha fere ou não o princípio da isonomia descrito no texto constitucional, vez que trata diferentemente homens e mulheres, concedendo certos privilégios à mulher vítima de violência doméstica, tendo o legislador a pretensão de resolver o problema da violência doméstica com a aplicação do direito penal, sem, contudo, adotar medidas de prevenção e que deveriam ser adotadas a nível social, pois, na maioria dos casos, a mulher não deseja a separação e muito menos ver seu esposo, companheiro, namorado, etc., processado por conduta delitiva a ser apurada mediante ação penal pública condicionada e, não raras vezes, prefere deixar de oferecer representação perante a autoridade policial quando da instauração do procedimento administrativo na esfera policial, ou mesmo renunciando ao direito de representação perante o Poder Judiciário.

Sim, pois a nova lei em comento não mais permite que a vítima ofereça retratação do seu direito de representação na fase policial, assegurando que somente em Juízo possa a ofendida vir a renunciar ao seu direito de representação, sendo assegurada à mesma a assistência de advogado.

A razão da escolha do tema deu-se devido ao mesmo ser inerente ao Direito Constitucional e ao Direito Penal, dois ramos do direito que particularmente me atraem, sem contar que a novel Lei Maria da Penha envolve, ainda, questões

referentes ao direito de família, posto que dentre as medidas protetivas de urgência poderá o Juiz arbitrar alimentos provisórios, afastamento do lar comum, dentre outras medidas que visam à proteção da vítima.

O primeiro por ser repositório dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e também, por ter sido o ramo do Direito base do curso de especialização escolhido e cursado por mim.

O segundo, cuja simpatia e melhor conhecimento surgiram do desempenho da atividade profissional, é hoje ferramenta de uso diário no desempenho das minhas funções como Promotora de Justiça.

A presente pesquisa apresenta-se oportuna, principalmente em momentos de constatada exacerbação dos índices de violência social e doméstica, urgindo uma intervenção urgente por parte do Estado.

O princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo também mencionada inclusive no Preâmbulo da Constituição. Destarte, é norma supraconstitucional; estamos diante de um princípio, direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência.

Com a Constituição de 1988 o direito à igualdade se fortaleceu, em especial, a igualdade entre homens e mulheres.

Consagrado inicialmente no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1.988, o princípio da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres é a maior conquista feminina dos últimos tempos.

Esse princípio não é um fato inédito, muito pelo contrário, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, muitos outros Estados programaram suas constituições com tal preceito.

Mas para que se compreenda a essência desse princípio se faz necessária a compreensão de outros dois conceitos, ou seja, é preciso diferenciar os conceitos de "iguais" e "iguais perante a lei".

Tais conceitos resumem-se na igualdade imanente a todos os seres humanos, e que é proclamada na Constituição Federal Brasileira, devendo ser compreendidos, sob dois pontos de vista distintos: o da igualdade material e o da igualdade formal.

Quando falamos em igualdade material subentende-se que as oportunidades devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos.

Na verdade, a igualdade material teria por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar que, todos os homens são iguais, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres.

Na nossa Constituição Federal de 1988, podemos encontrar vários textos que estabelecem normas programáticas que visam nivelar e diminuir as desigualdades existentes tais como as que se referem ao universo feminino.

O princípio da isonomia está contemplado em todas as normas constitucionais que vedam a discriminação de sexo (artigos 3º, inciso IV e 7º, inciso XXX da Constituição Federal). Assim é, que o Constituinte decidiu destacar, em um

inciso específico (art. 5º, inciso I), "que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

Importante destacar que esta regra é resultado de décadas de lutas das mulheres contra discriminações.

O direito à igualdade não se resume a direitos entre marido e mulher, ou seja, não se trata somente de igualdade no lar e na família, é uma igualdade universal, entre homens e mulheres, casados ou não, é uma igualdade de raça, cor, credo e muito mais, é o banimento dos atos discriminatórios contra todos os seres humanos.

No âmbito familiar a igualdade entre os cônjuges é abrangida pelo artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, o qual traz o princípio da isonomia, igualando o exercício dos direitos e deveres entre os cônjuges, senão vejamos:

Artigo 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

Parágrafo 5º - Os direitos e deveres referente a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; (Constituição Federal)

Desse modo, nenhum dos cônjuges pode ser mais considerado o cabeça do casal, ficando revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que outorgavam primazia ao homem, assim, se a situação conjugal acarreta certos poderes para os cônjuges, principalmente o de dirigir a sociedade conjugal.

No que se refere a igualdade formal é prescrita no artigo 5º da CF/88: "igualdade de todos perante a lei", que é a que mais imediatamente interessa ao jurista.

O princípio da isonomia, portanto, é um princípio constitucional geral, devendo ser considerado de forma abstrata na medida em que não disciplina nenhuma situação específica, sendo que com base em tal princípio, enquanto afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, se atribui direitos civis e políticos, enquanto a distribuição dos deveres e ônus correlatos deve se dar obedecendo a igualdade relativa ou proporcionalidade.

Assim, para uma aplicação correta da igualdade teria que se tomar por ponto de partida a desigualdade. Depois, diante da desigualdade entre os destinatários da norma impor-se-ia promover uma certa igualdade, conforme ensina a máxima de Aristóteles: "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem".

No entanto, existem exceções ao princípio da igualdade na Carta Magna de 1988, tais como: imunidades parlamentares; prerrogativas de foro em benefício de determinados agentes políticos; exclusividade do exercício de determinados cargos públicos somente a brasileiros natos; acessibilidade de cargos públicos somente a brasileiros, excluídos os estrangeiros; vedação da alistabilidade eleitoral a determinadas pessoas, dentre outros.

Destarte, a doutrina vem reconhecendo que o princípio da isonomia traz a autorização, mesmo que implícita, para que o Estado destine tratamento desigual desde que o faça justificadamente.

Deve-se, no entanto, estar atento aos casos a lei veda as discriminações e aos casos em que elas podem ser aplicadas ou consideradas possíveis, o que necessita uma análise do conteúdo real da isonomia.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que a caracterização da violação ao princípio da igualdade deve de ser criteriosamente analisado à luz do caso concreto apresentado. Sendo que os critérios apriorísticos listados apenas limitam-se a tracejar os indícios de uma potencial agressão, a qual se evidenciará ou não após uma efetiva avaliação do trato legal escolhido e suas conseqüências perante o ordenamento constitucional, sendo portanto de relevante importância a atividade a ser desempenhada pelo intérprete e aplicador da lei questionada.

Sob outro ângulo, por mais igualitária que uma lei tente ser, ela não poderá, de modo algum, deixar de observar as nuances e diferenças físicas e biológicas entre os dois sexos, masculino e feminino, sob pena de não cumprir o seu papel mais importante, que é o de bem organizar e estruturar o Estado, portanto, o texto constitucional, no que se refere ao princípio da isonomia, não deve ser interpretado ou entendido no sentido estritamente literal de suas palavras.

Ao determinar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a Constituição Federal pôs à prova, referido princípio da isonomia que, em outras palavras, significa tratar de maneira exatamente igual os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Desse modo, a Constituição Federal ao determinar a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, não se olvida, no entanto, das especificidades inerentes a cada um, conforme a própria natureza individual, ou seja, se homens e mulheres fossem iguais indistintamente em direitos e deveres, não existiriam prerrogativas específicas para cada um dos sexos em nossas leis.

Existem previsões aplicáveis de forma distinta a homens e mulheres, como, por exemplo, o direito de gozo de licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias e licença paternidade de 05 (cinco) dias, ou ainda, nos casos da necessidade do lactente em relação à mãe, assim como, a necessidade desta de recuperar-se

após o parto. É óbvio que não haveria sentido de tratamento isonômico em tais casos.

Por conseguinte, a Constituição Federal e as demais leis que tratam da matéria, são extremamente coerentes ao atentarem para as especificidades inerentes a cada um.

As legislações têm avançado com o objetivo de valorizar e resguardar a mulher, seja nas áreas do direito do trabalho, de família, previdenciário, dentre outras.

Existem, no entanto, discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor da mulher, como, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de serviço e de idade que o homem (arts. 40, III e 202, I a III).

A justificativa para tal norma discriminatória leva em conta que à mulher ainda incumbem as tarefas básicas da casa, pouco ajudada na prática pelo marido. Ela tem assim, uma sobrecarga de serviços que é justo que seja compensada pela aposentadoria com menor tempo de serviço e idade.

Hoje, a dinâmica das transformações impressas aos grupos familiares, especialmente na modernidade e na pós-modernidade, deve ser revista sob a ótica da transformação dos papéis da mulher, sem que se incorra na distorção que sempre pesou sobre as mulheres: a mulher sempre simbolizou no imaginário universal a afetividade, a capacidade de procriar, de cuidar, enfim, conceber e zelar pela sua prole, fenômenos que no gênero humano estão impregnados de um sentimento capaz de, por si só, diferenciar a espécie.

As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.

É por isso que a igualdade de direitos e deveres prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tanto no âmbito individual como no social, é algo admirável e que pode ser caracterizada como um grande marco histórico.

A isonomia entre o homem e a mulher não pode ser considerada uma ameaça à organização familiar, e também o nosso Direito de Família não pode basear-se num sistema patriarcal, que se considera como regra suficiente, mas nos mantém num sistema falido onde a autoridade máxima é do homem, e relembra, assim, aquele direito arcaico que se baseava na incapacidade da mulher apregoada pelos filósofos gregos e difundida no Direito Romano, e que nossa Constituição Federal em tempo modificou.

No mais, as mulheres têm obtido avanços sociais e culturais que cada vez são mais visíveis em nossa sociedade, e por isso, também passamos a nos destacar, nitidamente, no competitivo mercado de trabalho e em segmentos, cuja presença, em tempos mais remotos, não era sequer percebida, ou não era vista com tanta naturalidade.

Os preceitos constitucionais são auto-executáveis e bastaram para revogar todo o sistema pretérito que distinguia os direitos e deveres dos cônjuges na sociedade conjugal, não se admitindo mais qualquer interpretação dos mesmos, contrária à Constituição.

Não há dúvida alguma sobre a imediata incidência do comando constitucional que impôs a igualdade no exercício de direitos e deveres durante a sociedade conjugal. A norma constitucional é claríssima e se apresenta de maneira que não deixa espaço para se sustentar a necessidade de regulamentação ou de leis modificativas do Código Civil e outros diplomas legais.

Apesar do grande avanço na equiparação de direitos e deveres entre homens e mulheres, estas ainda hoje enfrentam dificuldades, sendo vítimas de discriminações, tais como, a violência doméstica, os salários pagos a menor em relação aos dos homens e a parcela de representação desproporcional nos mais diversos segmentos, como, por exemplo, na política.

Assim, é imprescindível que se mostrem essas diferenças, para que novas formas de políticas públicas sejam implementadas dando um tratamento prioritário às questões de gênero, principalmente, buscando a igualdade de oportunidades.

A mulher segue em frente, sempre vencendo batalhas e comemorando conquistas, mas sempre em busca de novos caminhos e desafios, na tentativa de obter uma maior igualdade em termos de oportunidades.

O princípio da isonomia entre os cônjuges, que desde 1988 é consagrado pela Constituição Federal através do artigo 226, § 5º, vem também inserido no Novo Código Civil, da maneira como sempre foi pleiteado pelas mulheres em suas constantes lutas pela igualdade de direitos e deveres. "Artigo 1.511 – O Casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges". (Novo Código Civil)

A adoção deste princípio visa atender a um grande anseio das mulheres – a igualdade nas decisões referentes à sociedade conjugal – pois estas deverão ser tomadas de comum acordo entre marido e mulher.

Essa igualdade, como foi visto em todo o processo histórico das lutas femininas, não existia no Código Civil de 1.916, que discriminava acentuadamente a mulher, chegando ao ponto de classificá-la como relativamente incapaz a certos atos e a maneira de exercê-los.

Portanto, alcançamos com o advento do Novo Código Civil a perfeita adequação ao princípio constitucional da absoluta igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, e a conseqüente preservação da dignidade das pessoas casadas.

O exercício dos direitos e deveres conjugais pertence igualmente a ambos os cônjuges, pois, lhes foi conferido conjuntamente o exercício da direção da sociedade conjugal, não colocando qualquer dos cônjuges em posição inferior, preocupando-se somente em harmonizar os interesses comuns da família.

Artigo 1.567 – A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único – Havendo divergências, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.(Novo Código Civil)

Portanto, o novo Código Civil ao conferir à esposa o direito de decidir conjuntamente com o marido sobre as questões essenciais de interesse familiar, substitui o poder decisório do marido pela autoridade conjunta dos cônjuges, e instaura efetivamente a isonomia conjugal tanto nos direitos e deveres do marido e da mulher, como no exercício desses direitos.

Atualmente, o marido não exerce mais sozinho a direção da sociedade conjugal, devendo, por mandamento legal, ouvir a mulher antes de tomar uma decisão que envolva os interesses familiares, e se essa decisão for tomada de forma unilateral ou/e contrariar os interesses de um dos cônjuges ou da família, o cônjuge que se sentir prejudicado poderá recorrer ao Judiciário para solucionar o conflito.

A despeito disso, não podemos esquecer que entre esses poderes de direção da sociedade conjugal não se encontram incluídos os poderes de intervir nos assuntos particulares (de índole pessoal) do outro cônjuge, devendo cada pessoa ter seu livre-arbítrio mesmo dentro do casamento.

3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

3.1 Da redução das desigualdades

A edição da Lei Maria da Penha teve por escopo diminuir as desigualdades entre os sexos, em face da realidade fática vivenciada na sociedade e crescente índice de violência doméstica e familiar contra a mulher, mostrando-se, por conseguinte, a necessidade de destinar tratamento diferenciado entre os sexos para viabilizar a efetiva promoção da justiça e da igualdade, tratando diferentemente os desiguais.

Segundo CUNHA (2007: 21-22), "Questiona-se a constitucionalidade da lei, vez que, num primeiro momento, parece discriminatória, tratando a mulher como "eterno" sexo frágil, deixando desprotegido o homem presumidamente impotente".

Segundo, ainda, CUNHA (2007: 21-22):

Tal diferenciação, como se sabe, há muito foi espancada pela Constituição Federal que, em seu art. 226, § 5º, equipara ambos os sexos em direitos e obrigações, garantindo aos dois sexos, no § 8º, proteção nos casos de violência doméstica.

Para SOUZA (2007: 38):

Nesse campo é patente a desigualdade existente entre os gêneros masculino e feminino, pois as mulheres aparecem como a parte que sofre as discriminações e violências em índices consideravelmente maiores, não só pelas diferenças físicas, mas também culturais como envolvem o tema, conforme deflui dos já mencionados estudos realizados no âmbito ou sob a coordenação das Nações Unidas. Em tal contexto, a existência de uma discriminação em favor da mulher tem o claro objetivo de dota-la de uma especial proteção, para permitir que o gênero feminino tenha compensações que equiparem suas integrantes à situação vivida pelos homens. Afigura-se, assim, que as medidas preconizadas na presente Lei constituem políticas e ações afirmativas no sentido de possibilitar que em relação à questão da violência, as mulheres alcancem o respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, bem como a almejada igualdade de

condições em relação aos homens, estando, portanto, em plena consonância com os ideais insertos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (art. 1º, inc. III; art. 5º, incs. I e III e art. 226, § 8º). A Lei sob comento incentiva tratamento desigual entre homens e mulheres, com o propósito de que se alcance a real igualdade de gênero no que diz respeito à necessidade de pôr fim à violência doméstica e familiar. Há que se ter em conta que essa postura não pode ser eterna e que, uma vez alcançados os objetivos da nova Lei e estando caracterizado que passou a existir realmente uma igualdade material entre homens e mulheres no âmbito da questão da violência doméstica e familiar, deve-se passar a ter um tratamento isonômico entre ambos os gêneros, mas essa não é efetivamente a situação atual.

Assim é que a nova lei tem por objetivo minimizar as diferenças entre os sexos, posto que o princípio da igualdade, contido no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, não proíbe e, ao contrário, impõe ao legislador observar a necessidade e conveniência de destinar tratamento diferenciado para viabilizar a efetiva realização dos valores defendidos no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a promoção da justiça e da igualdade, tratando diferentemente os desiguais.

Vejamos decisão do TST nesse sentido:

TST – Recurso ordinário em mandado de segurança. Deficiente físico. Garantia de vaga. Fator discriminação. Garantia constitucional. 1. No caso, o Recorrente, sentindo-se preterido em seu direito à vaga, impetrou Mandado de Segurança afirmando que teve seu ingresso no serviço público negado em razão da nomeação de portadora de deficiência física. Sustentou que a fração destinada aos deficientes era inferior a uma vaga. 2. A Constituição garante ao portador de deficiência física condições especiais de concorrência em certames públicos, tudo no intuito de estabelecer uma forma de inclusão desse grupo minoritário no serviço público. Assim, fornece-se medida positiva de igualdade em que se garante mecanismo compensatório. Trata-se de espécie de ação afirmativa encampada pelo Estado, trazendo situação de igualdade na desigualdade, [...] (ROMS – 1.545/2004-000-04-00 – Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJ – 28.04.2006).

Vejamos o que prevê o PREÂMBULO da CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a

solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifo nosso).

Assim, verifica-se que a própria Constituição Federal em vigor em seu preâmbulo, como dito acima, promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade da pessoa humana, procurando reduzir as desigualdades com as chamadas ações afirmativas.

Tais ações afirmativas fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reabrem o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.

3.2 Não incidência dos institutos despenalizadores da lei nº 9.099/95

Analisemos agora a constitucionalidade ou não do afastamento da incidência da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados no âmbito familiar é: “É constitucional o afastamento dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em casos de violência doméstica como definido na Lei nº 11.340/2006?”.

Em face da novel Lei nº 11.340/2006, várias discussões surgiram entre os doutrinadores acerca da constitucionalidade do disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha face o que dispõem o art. 5º, I, da Constituição Federal (princípio da isonomia) e ao art. 98, I, também da Constituição Federal, o qual prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais e alguns de seus institutos despenalizadores. E,

por conseguinte, em tese, seriam aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 às infrações penais que, mesmo praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, tivessem pena máxima cominada ao delito igual ou inferior a dois anos.

Além disso, verifica-se da leitura do art. 98, I, da Constituição, que "nas hipóteses previstas em lei", definindo, assim, a incidência ou não dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.

Vejamos o teor do artigo citado:

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

Assim, facilmente, verifica-se que cabe à lei infraconstitucional estabelecer quais as infrações penais sujeitas à transação e aos demais institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Aliás, é a própria lei infraconstitucional que define quais as infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da competência do Juizado Especial Criminal.

Dispõe o art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação atual, dada pela Lei nº 11.313/2006:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Dessa forma, entende-se que são infrações penais de menor potencial ofensivo todas as infrações penais cuja pena máxima cominada não exceda a 2 (dois) anos e, portanto, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitas,

assim, aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, não se aplicando às infrações penais que, independente da pena cominada, decorram de violência doméstica ou familiar contra a mulher, face a vedação expressa prevista nos arts. 41, c/c 5º e 7º da Lei nº 11.340/2006, estes últimos adiante analisados.

Prevê o art. 41, da Lei nº 11.340/2006: "Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26.09.1995".

Portanto, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo e nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade. O procedimento policial a ser instaurado é o inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/2006) não se lavrando termo circunstanciado de ocorrência (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança), a denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público deverá vir por escrito, não se admitindo a hipótese de denúncia oral como nos procedimentos do Juizado Especial Criminal, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal.

Com a edição da novel Lei nº 11.340/2006, surgiu a nova possibilidade de prisão cautelar para assegurar o cumprimento e efetividade das medidas de proteção descritas na Lei Maria da Penha e a sistemática legal e constitucional da prisão cautelar.

Por motivos, meramente, didáticos, vejamos a redação do art. 42 da Lei nº 11.340/2006:

Art. 42. O art. 313 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:
Art. 313....

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Assim, o novo inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, acima transcrito, como visto, alarga sobremaneira as hipóteses de cabimento de prisão preventiva, passando a comportá-la, em tese, qualquer crime doloso, independente da pena cominada (crimes contra a honra, ameaça, lesão corporal etc.), desde que resultado de violência doméstica e familiar contra a mulher, em sua concepção conceitual, e que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei "Maria da Penha" não sejam suficientes para a tutela da vítima.

Caberá ao Juiz analisar a necessidade do decreto cautelar de segregação preventiva, a fim de tutelar a segurança da vítima, nos casos em que as demais medidas preventivas de urgência não sejam suficientes para tanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante à suposta ofensa ao princípio da isonomia, cumpre esclarecer que a Lei nº 11.340/2006 é resultado da necessidade de medidas em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, sendo tal necessidade de caráter urgente. Assim, apesar da Lei Maria da Penha formalmente aparentar ofensa ao princípio da igualdade de gênero, na verdade, a mesma busca restabelecer a igualdade material entre esses gêneros, nada tendo, deste modo, de inconstitucional.

Assim, a vedação de aplicação dos institutos despenalizadores da Lei Maria da Penha nada tem de inconstitucional, a qual em seu art. 41 prevê a hipótese de não incidência da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessa forma, não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia ou em superproteção à mulher, visto que, na verdade, procurou o legislador através da edição da Lei Maria da Penha diminuir as desigualdades e procurando proteger a dignidade da pessoa humana, após constatar a situação de vulnerabilidade da mulher em casos de violência doméstica e familiar.

Assim, foram afastados os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, face a previsão legal contida no art. 41 da Lei nº 11.340/2006, a qual nos casos da prática de crimes cometidos com violência doméstica, não admite a composição civil, a transação e a suspensão condicional do processo, retornando tais crimes à persecução penal clássica (o inquérito policial e o processo comum).

Apenas a mulher será sujeito passivo da violência doméstica, mas o sujeito ativo não é próprio, podendo ser qualquer pessoa, inclusive outra mulher. Define a nova Lei nº 11.340/2006, como já visto em tópico anterior, as diversas formas de violência contra a mulher – física, psíquica, sexual, patrimonial e moral – praticadas no âmbito doméstico ou das relações familiares e afetivas. Particularizadas por tais características especializantes, a ação penal decorrente de lesões corporais leves continuará a depender de representação, porém seu autor não fará jus a qualquer outro benefício da Lei 9.099/95.

Sustenta-se aqui persistir a condição de procedibilidade do art. 88 da Lei 9.099/95, em razão de uma interpretação sistemática da Lei 11.340/06 permitir tal conclusão. Em relação ao crime de ameaça (art. 147 do Código Penal) persiste a representação e, por isso mesmo, há sempre possibilidade de conciliação, mas estão afastados os benefícios da transação penal e suspensão condicional do processo.

Em caso de vias de fato cabível será a aplicação da Lei nº 9.099/95, posto tratar-se de contravenção penal e não crime, não prevendo a Lei nº 11.340/2006 vedação de aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 às contravenções penais.

As medidas cautelares de caráter protetivo previstas nos arts. 22 a 24 da Lei 11.340/06, inclusive as garantias do art. 9º, § 2º, da referida lei, devem ser aplicadas pelo Juiz Criminal até que instalados os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conforme art. 33 da referida Lei.

De todo o exposto, pode-se concluir que a Lei 11.340/06, apesar de procurar minimizar as desigualdades entre homens e mulheres e proteger a dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica, possui mais um efeito simbólico do que resultados concretos a curto e médio prazo, posto que, atentando-

se para os possíveis impactos de suas disposições sobre o sistema de justiça, é possível prever que as medidas mais importantes para implementação dos seus objetivos – a consecução de políticas sociais, a cargo do poder público e de instituições privadas – em realidade serão relegadas a segundo plano, prevalecendo as ações de ordem jurídico-penal, estas que deveriam ser as últimas a ser implementadas para darem seu contributo em sede de um Estado Democrático de Direito e, assim, o problema continuará persistindo, até que sejam adotadas políticas públicas eficazes para erradicar o problema da violência doméstica do nosso cotidiano.

REFERÊNCIAS

AMICO, Carla Campos. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: Necessidade de Representação da Vítima em Caso de Lesão Corporal Leve e Culposa**, Boletim IBCCRIM, ano 14, n° 170, Janeiro/2007, p.p. 18-19;

ARAÚJO, Rodrigo da Silva Perez. **Violência doméstica: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade**, Texto extraído do *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9304>;

BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Pena". Alguns comentários**, Texto extraído do *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17ª. edição, São Paulo: 2005 – Malheiros Editores, 2005;

BRUSCATO, Wilges. **Monografia Jurídica. Manual Técnico de Elaboração**, 1ª edição, editora Juarez de Oliveira, 2002;

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **A violência doméstica com violação dos direitos humanos**, Texto extraído do *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7753>;

CELMER, Elisa; GIROTTI, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. **Violência de Gênero, Produção Legislativa e Discurso Punitivo – Uma Análise da Lei N° 11.340/2006**, Boletim IBCCRIM, ano 14, n° 170, Janeiro/2007, p.p. 15-17;

CUNHA, Rogério; SANCHES, Ronaldo Batista Pinto. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo**, 1ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

DIAS, Maria Berenice. **Violência Doméstica: uma Nova Lei para um Velho Problema**, Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 168, Novembro/2006, p.p. 8-9;

EDITORIAL. **Faces Visíveis de Violências Invisíveis**, Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 170, Janeiro/2007, p.1;

KARAM, Maria Lúcia. **Violência de Gênero: O Paradoxal Entusiasmo pelo Rigor Penal**, Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 168, Novembro/2006, p.p. 6-7;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, 10ª. edição, São Paulo: Editora Método, 2006;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 17ª. edição, São Paulo: Editora Atlas S.A. 2005;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 25ª. edição, São Paulo: Malheiros Editore, 2005;

SOUZA, Luiz Antônio; VITOR, Frederico Kämpel. **Violência doméstica e familiar contra a mulher Lei 11.340/2006** –1ª. edição, São Paulo: Editora Método, 2007;

SOUZA, João Paulo de; AGUIAR, Sampaio Tiago Abud da FONSECA, **A Aplicação da Lei Nº 9.099/95 nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher**, Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 168, Novembro, 2006, p.p. 4-5;

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher**. 1ª. edição, Curitiba/PR: Editora Juruá, 2007;

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O Que é Violência Contra a Mulher**. Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos 314, 1ª. edição, 2002.