



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Lei Maria da Penha e sua Aplicação em face dos Princípios Constitucionais

Marcelo de Oliveira Hemerly

Rio de Janeiro
2011

MARCELO DE OLIVEIRA HEMERLY

Lei Maria da Penha e sua Aplicação em face dos Princípios Constitucionais

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Mônica Areal
Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Guilherme Sandoval
Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Marcelo de Oliveira Hemerly

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo: O que este artigo busca, inicialmente, é traçar uma evolução histórica, tomando como parâmetro as Constituições, das conquistas da mulher no âmbito legal, fazendo valer seus direitos fundamentais, tendo como ápice a Constituição de 1988. Tal evolução nos impõe a reflexão de que a igualdade alcançada não pode ser considerada se não levarmos em conta as diferenças entre as pessoas de sexos diferentes e até do mesmo sexo. Dessa forma, e nesse contexto, é que surge a Lei Maria da Penha, tentando aplacar algumas das injustiças sofridas pelas mulheres durante todo o passado e com o seu advento, diversas questões, no que tange a sua aplicação, eficácia, efetividade e, até da sua constitucionalidade vem sendo levantadas. Sendo assim, é de extrema relevância, explicitar todos os entendimentos, além de demonstrar, ao final, o melhor dentre eles, apontando, conclusivamente, sua verdadeira aplicabilidade.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha. Princípios Constitucionais. Aplicação.

Sumário: Introdução. 1. Os Direitos e Obrigações da Mulher nas Constituições Anteriores a de 1988. 2. A Equiparação de Direitos e Obrigações entre os Sexos na Constituição de 1988. 3. Lei Maria da Penha sua Função, Eficácia e Efetividade. 4. Aplicabilidade da Lei no seio Familiar e sua Constitucionalidade, sua adequação aos princípios, direitos e garantias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO.

O artigo em questão aborda a eficácia e a eficiência da aplicação da Lei Maria da Penha em conflito aparente com os Princípios, Direitos e Garantias constitucionais. Para melhor entendimento deve-se traçar um roteiro da evolução do direito da mulher na sociedade brasileira desde a vigência das Constituições anteriores até a atual, passando pela busca do

reconhecimento da mulher na sociedade, equiparação em direitos e obrigações com o homem e o alcance de tal objetivo com a Constituição de 1988, a equiparação de direitos e obrigações e sua inserção na sociedade de forma plena e igualitária, sua atuação nos mais diversos ramos e setores, que anteriormente eram ocupados pelo sexo masculino.

A evolução no tempo de tal equiparação surte, ainda, discriminação e preconceito nos mais diversos setores da sociedade. Atrelado a isso, são evidentes os casos de violência física e psicológica contra a mulher, hábitos machistas arraigados em uma sociedade que ainda sofre com resquícios de tempos de outrora.

Com o advento da Lei Maria da Penha, o legislador tem por objetivo principal extinguir esse mau que ainda paira na sociedade. Com a finalidade de atender tal propósito, utiliza como parâmetro mais um caso grave de violência contra uma mulher (que dá nome à Lei – 11.340/06).

Entretanto, com sua vigência eclodem no judiciário e na própria sociedade diversos clamores que atestam pela desigualdade criada, fundamentados na equiparação e igualdade de direitos e obrigações que apregoa a Constituição da República Federativa do Brasil. A discórdia se agrava quando os adversários da lei colocam em confronto os ditames da Constituição (mais corriqueiramente o art. 5º, I da CRFB) com os aparentes “favorecimentos legais” disciplinados pelo diploma legal em voga.

Nesse contexto, objetiva-se – por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, qualitativa e parcialmente exploratória – demonstrar a eficácia e eficiência da Lei nº 11.340/06, perante os Princípios, Direitos e Garantias Constitucionais, enfatizando a sua interpretação conforme a Constituição e a sua adequação aos ditames contidos na Carta Magna, sempre com análise da jurisprudência do TJRJ e dos Tribunais Superiores.

Além disso, este artigo pretende esclarecer a necessidade de aplicação da Lei nº 11.340/06, para que, à contrário do que pensam alguns doutrinadores e aplicadores do Direito,

a sociedade brasileira possa viver dias de igualdade de pensamentos, de religiosidade e também de gênero, conforme nos ensina a inteligência dos princípios apregoados pela Constituição.

1. OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA MULHER NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES A DE 1988

A evolução da condição jurídica da mulher foi bastante lenta e no Brasil teve marcos relevantes para o alcance de sua condição atual, dentre os quais destaca-se o Estatuto da Mulher Casada, que alterou o Código Civil; a Consolidação das Leis do Trabalho; a Consolidação das Leis da Previdência Social e as anteriores Cartas Magnas, culminando com a atual Constituição Federal.

Com a Constituição de 1824, surgiram escolas destinadas à educação da mulher, mas, ainda, voltadas a trabalhos manuais, domésticos, cânticos e ensino brasileiro de instrução primária. Ainda era vedado que mulheres frequentassem escolas masculinas. A vedação da mulher ao conhecimento escolar tinha dois motivos básicos, quais sejam: em primeiro lugar, o convívio entre homens e mulheres; de acordo com a Igreja, poderia haver relacionamentos espúrios; em segundo lugar, porque sendo a instrução dada aos homens em nível mais elevado, não poderiam mulheres frequentar as mesmas escolas. Somente no início do século XX foi permitido que homens e mulheres estudassem juntos.

Faz-se mister ressaltar que, no regime das Ordenações, ao marido não era imputada pena por aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos; à mulher era vedado ser testemunha em testamento público; o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podendo a mulher ser tutora ou curadora sempre que contraísse novas núpcias; as viúvas poderiam sê-lo desde que "vivessem honestamente". Não podia a mulher praticar quase

nenhum ato sem a autorização do marido. Todavia, podia promover ação para os casos de doações por ele feitas à concubina.

Vale ressaltar que o Código Civil de 1916 sustentou os princípios conservadores das legislações anteriores que normatizavam o tema, ou seja, o homem figura sempre como chefe da sociedade conjugal, o que limita a capacidade da mulher a determinados atos como por exemplo a emancipação que será concedida pelo pai, ou pela mãe, apenas no caso de o pai estar morto. Vai mais além o Código Civil quando prevê, no artigo 186, que, em havendo discordância entre os cônjuges, prevalecerá a vontade paterna. Tudo isso, visa manter a mulher longe de decisões cruciais dentro da entidade familiar e na sociedade como um todo, garantindo ao homem o amplo domínio, seja dentro de casa ou mesmo nos casos em que o direito da mulher fosse abordado.

Com isso, fica clara a intenção do legislador, que era a de manter as diferenças de gênero e a supremacia do sexo masculino em todos os setores da sociedade brasileira.

Contudo, as Constituições brasileiras, desde 1824, dispõem sobre o princípio da igualdade.

A Constituição de 1824¹ aborda o tema em seu art. 178, XII: A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Constituição de 1891² (art. 72, § 2º): Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

Constituição de 1934³ (art. 113, § 1º): Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

Constituição de 1937⁴ (art. 122, § 1º): Todos são iguais perante a lei.

Constituição de 1946⁵ (art. 141, § 1º): Todos são iguais perante a lei.

Constituição de 1967⁶ (art. 153): Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁷ (art. 153, § 1º): Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

Constituição de 1988⁸ (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.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

Até 1934 as Constituições tão somente afirmavam, de forma genérica, o princípio da igualdade de todos perante a lei, sem, contudo, citar expressamente a proibição da discriminação em função do sexo.

Em 1934, pela primeira vez, o constituinte se ocupa da situação jurídica da mulher de forma a proibir distinções ou privilégios em razão do sexo. A Carta de 1937 em flagrante retrocesso suprime a referência expressa à igualdade jurídica dos sexos, retornando a formula genérica das Constituições promulgadas no século anterior. Na Constituição de 1946 o legislador apenas reproduziu o texto anterior.

Pode-se dizer que a partir da Constituição de 1967 começou a firmar-se a igualdade jurídica entre homens e mulheres. Por fim, a Magna Carta de 1988 igualou, definitivamente, homens e mulheres em direitos e obrigações. A boa hermenêutica recomenda que qualquer norma que contrarie esta igualdade deva ser declarada inconstitucional.

A Constituição de 1988 teve a preocupação de igualar homens e mulheres de forma expressa em vários de seus dispositivos:

Art. 183, da CRFB⁹: Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

Art. 189, da CRFB¹⁰: Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei

Art. 201, V, da CRFB¹¹: - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.

Art. 226, § 5º, da CRFB¹²: - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 7º, XVIII, da CRFB¹³: - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Entretanto, desde 1934, a Constituição brasileira admite a igualdade de todos perante a lei, contudo, mesmo com tal previsão, a mulher permaneceu em condição de desigualdade.

Contrariando tais normas constitucionais, preconceitos que a mulher sofre há séculos acabaram por tornar-se regras indiscutíveis de direito. Com isso, evidencia-se que a parte mais difícil da luta da mulher pela igualdade de tratamento foi a tentativa de mudar o preconceito oriundo das relações mantidas principalmente em família. Família essa, que vivia sob a égide de que uma entidade perfeitamente adequada a sociedade é aquela feita e vivida em função do chefe homem.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em 08 de ago. 2011.

Todavia, apesar da difícil transposição da barreira sociocultural do patriarquismo, com a aplicação dos princípios constitucionais de modo a adequar a legislação pertinente à norma constitucional, fazendo valer às ações afirmativas no sentido de proteger o gênero e considerar as diferenças existentes, é que a Lei Maria da Penha, vem sendo posta a prova e, apesar de algumas divergências, os Tribunais em suas jurisprudências fazem valer o que manda a mesma, coibindo absurdidades e protegendo o direito a vida e a dignidade da pessoa humana.

2. A EQUIPARAÇÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE OS SEXOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

O tema em voga deve ser estudado com parcimônia, pois tal equiparação deve ser considerada medindo-se as diferenças existentes e todo o contexto histórico passado a limpo, conforme feito no tópico anterior.

Apesar de constar do texto constitucional, a igualdade ali preconizada tem encontrado dificuldade em sua aplicação, haja vista persistir, em parte da sociedade, a resistência em aceitar uma equiparação de direitos e deveres no que tange ao gênero.

Entretanto, como já afirmado anteriormente, tal equiparação deve ser medida levando em conta as diferenças de ordem biológica, ou seja, de gênero. A igualdade disciplinada na Constituição de 1988 deve ser aplicada em conjunto com a isonomia e levando em conta as diferenças no tocante ao gênero (homem e mulher). Tudo isso, visando a ter efetividade nas medidas e ações afirmativas que são necessárias na proteção dos direitos fundamentais de parcelas da sociedade que se pretende atingir.

Contudo, mesmo ciente de tais diferenças e da necessidade de atuação através de ações afirmativas, a sociedade vem divergindo no que concerne à aplicação da Lei Maria da

Penha, pois acredita-se ser ela instrumento de desigualdade entre os sexos, o que a Constituição não permite.

Quando o assunto é a histórica disputa entre pessoas de sexo diferentes sempre surge controvérsia. Fica claro que o problema é o de estabelecer um tratamento diferenciado e a parte que se entende atingida, logo se manifesta contrariamente a medida.

Ambos os lados se sentem atingidos e a discussão a respeito da aplicação do princípio da igualdade vem a tona.

Porém, saindo da esfera da discussão entre pessoas de sexos diferentes, várias ações afirmativas foram realizadas sem que houvesse a grita que é criada quando o assunto é os direitos do homem e da mulher. Como exemplos citam-se o Estatuto do Idoso e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que nada mais são que ações afirmativas que visam à aplicação do princípio da igualdade levando em conta as diferenças existentes entre as pessoas de idade mais avançada e as que se encontram em condição especial de desenvolvimento.

Sobre esse comportamento bem disserta Maria Berenice Dias¹⁴:

Aliás, é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. Para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável. E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada.

Outro ponto que bem aborda Maria Berenice Dias¹⁵ é o que menciona a questão das ações afirmativas, em que se encaixa a Lei Maria da Penha e outros diplomas legais que visam à proteção dos direitos dos que merecem um tratamento diferenciado, com o intuito de alcançar a aplicação efetiva do princípio da igualdade, conforme transcrição a seguir:

¹⁴ DIAS, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed., 2010, p.75

¹⁵ *Ibidem*, p.75

Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas. Daí o significado da lei: assegurar, à mulher, o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Dessa forma, fica evidente que a lei em comento jamais afronta o princípio constitucional da igualdade, haja vista garantir a aplicação da igualdade de fato. Com isso, nota-se que o legislador, para alcançar o verdadeiro objetivo, leva em conta as diferenças existentes, nesse caso, entre os sexos.

3. LEI MARIA DA PENHA, SUA FUNÇÃO, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Em meio a um contexto de violência, submissão e dependência é que surge a Lei 11.340/06, visando atingir o objetivo de coibir todo esse mal que a sociedade machista vem impondo a mulher durante mais de um século.

A Lei nº 11.340/06 pune mais gravemente, tanto no âmbito penal, quanto processual penal, a conduta daqueles que cometem crimes contra a mulher dentro de seu lar, no ambiente familiar, o que por vezes era invisível e quando descoberto não tinha a punição merecida, gerando, no máximo, um pequeno “aborrecimento” para o agressor.

Tais questões, antes da vigência da Lei, eram tratadas no âmbito dos Juizados Especiais, onde a punição não era exemplar, nunca a altura da conduta praticada e do crime cometido.

Todavia, apesar da vigência da Lei Maria da Penha, as agressões, a violência sexual, moral e psíquica, ou seja, a violência de gênero (o terror diante da figura e das atitudes tomadas pelo sexo oposto, no caso em análise, o masculino), continuam acontecendo dentro dos lares do país, haja vista ainda existir um grande número de mulheres que dependem financeiramente e intelectualmente de seus maridos e companheiros, vítimas, em sua grande

maioria, da violência de gênero praticada em face das mesmas desde a sua mais tenra infância.

Tal dependência é tamanha que essas mulheres se submetem a qualquer tipo de humilhação, constrangimento e tratamento violento, violência esta que, por vezes, chega ao homicídio.

Por esse motivo é que para que a Lei nº 11.340/06 venha a ser eficiente e ter eficácia na sua aplicação, deve vir acompanhada de uma campanha séria de conscientização. Não basta só o Poder Público criar os meios de aplicação da Lei, enquanto que a vítima teme por sua condição de vida posterior a decisão judicial.

Numa sociedade em que, na maioria das vezes, ainda se vive sob a batuta do chefe de família e, apesar da luta da mulher para obter seu espaço, ainda há famílias que sobrevivem as custas e mandamentos do homem. A conduta criminosa praticada por ele é encarada pela mulher submissa como fato normal e comum, ou que deva ser compreendida por ela, por vezes, pela “natureza do homem”, vezes pela condição de dependente material e intelectual do mesmo, o que dificulta muito a eficiência e eficácia da Lei em tela.

Muitas vezes a mulher agredida até tomava iniciativa para levar o caso às autoridades competentes, porém, em meio ao trâmite processual e já passando por dificuldades financeiras, desistia da continuidade do mesmo, com isso, preferia voltar à situação de penúria anterior, dessa forma, deixava de dar efetividade as medidas protetivas aplicadas ao caso, renunciando a representação em face do agressor.

Recentemente, o STF, com o intuito de resolver as questões referentes à eficácia e efetividade na aplicação da lei, entende pela constitucionalidade dos artigos questionados na ADI nº 4424, além de decidir em favor da ação penal incondicionada para o trâmite do processo nos casos de violência contra a mulher, mais especificamente nos casos de lesão

corporal praticada no âmbito familiar, conforme destaca-se na transcrição do informativo a seguir:

Informativo nº 654¹⁶:

[...] Em seguida, o Plenário, por maioria, julgou procedente ação direta, proposta pelo Procurador Geral da República, para atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I; 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. Preliminarmente, afastou-se alegação do Senado da República segundo a qual a ação direta seria imprópria, visto que a Constituição não versaria a natureza da ação penal — se pública incondicionada ou pública subordinada à representação da vítima. Haveria, conforme sustentado, violência reflexa, uma vez que a disciplina do tema estaria em normas infraconstitucionais. O Colegiado explicitou que a Constituição seria dotada de princípios implícitos e explícitos, e que caberia à Suprema Corte definir se a previsão normativa a submeter crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, ensejaria tratamento igualitário, consideradas as lesões provocadas em geral, bem como a necessidade de representação. Salientou-se a evocação do princípio explícito da dignidade humana, bem como do art. 226, § 8º, da CF. Frisou-se a grande repercussão do questionamento, no sentido de definir se haveria mecanismos capazes de inibir e coibir a violência no âmbito das relações familiares, no que a atuação estatal submeter-se-ia à vontade da vítima. ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012.

Tal entendimento favorece a continuidade das ações e tenta solucionar o problema da mulher recusar-se a levar o caso às autoridades competentes.

Hoje, após a decisão em comento, há a possibilidade de qualquer pessoa levar ao conhecimento das autoridades os casos de violência doméstica contra a mulher, além disso, após oferecida a denúncia, não é mais possível a desistência da vítima, o que só proporcionava o desgaste do sistema, além do uso da máquina do judiciário.

Entretanto, nos casos que não envolvam violência física, mas só a psicológica, onde a prova a ser produzida não envolve a questão técnica (exame de corpo de delito), ou seja, que a prova cabal não dependa de averiguação puramente técnica, tendo dependência e ligação restrita com a presença e depoimentos da vítima, esta, não querendo a continuidade da ação,

¹⁶ BRASIL. STF. ADI 4424/DF. Rel.Min. Marco Aurélio. Publicação em: 09 de fev. de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de mar. de 2012.

poderá, no mínimo, atrapalhar o trâmite processual e, na maioria das vezes, impossibilita a condenação e, conseqüentemente, a efetividade e eficácia da lei.

Assim sendo, com a decisão do STF deixa de ter aplicabilidade o artigo 16, da Lei 11.340/06¹⁷:

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia a representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Com esse permissivo, a mulher acuada e a beira do colapso financeiro, não podendo arcar ao menos com sua subsistência, renunciava a representação, obstruindo a efetividade e eficácia da Lei em voga, o que hoje não é mais possível.

Analisando tal dispositivo friamente, por mais que o legislador quisesse dar uma liberalidade a vítima, com tal permissivo, o fez de forma a permitir que a mulher em estado fragilizado, colaborasse com a impunidade que ainda é latente nos caos de violência doméstica e familiar contra a mesma.

Dessa forma, é que vem sendo aplicada a Lei Maria da Penha, uma evolução no tratamento dos crimes contra a mulher, contudo, não atinge ainda o patamar esperado, resta para isso uma evolução educacional, social e cultural na sociedade que ainda guarda resquícios de um passado dominado pela submissão feminina.

4. APLICABILIDADE DA LEI NO SEIO FAMILIAR E SUA CONSTITUCIONALIDADE, SUA ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/htm..> Acesso em 09 de abril de 2012.

Como já dito anteriormente, com o advento da Lei Maria da Penha, surgiram diversos questionamentos a respeito de sua aplicabilidade, a sua constitucionalidade e à sua eficácia.

Tais questionamentos não causaram surpresa, pois tudo que é novo traz com consigo uma resistência tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. O que conforta é que essa resistência fora deflagrada por uma minoria doutrinária e jurisprudencial, limitando sua divergência às questões constitucionais em sentido amplo e, mais especificamente, no que tange à igualdade apregoada no texto da Carta Magna.

Pode-se, novamente, vislumbrar questionamentos a respeito da desigualdade criada pela Lei no âmbito da entidade familiar, haja vista acreditarem certos doutrinadores que a vigência da mesma causaria séria ruptura no tratamento entre os familiares de sexos diferentes.

Nesse contexto, incluem-se não só os cônjuges ou companheiros, mas também, os filhos de sexos diferentes. Tudo isso, pois a Lei tem o condão de diferenciar o tratamento, o processamento e a penalização dos crimes cometidos contra pessoas do sexo masculino e os cometidos contra pessoas do sexo feminino no âmbito da entidade familiar.

Faz-se mister destacar, que crimes que outrora eram processados em sede de juizados especiais, ou seja, eram crimes tidos como sendo de menor potencial ofensivo e que o autor do fato fazia jus aos benefícios apregoados pela Lei 9.099/95, hoje, com a vigência da Lei Maria da Penha, não mais seriam processados de acordo com a Lei dos Juizados Especiais, conforme disciplina o art. 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06): “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995”.

Dessa feita, chega-se à conclusão que, agressões praticadas entre pessoas da mesma entidade familiar, porém de sexos diferentes, terão processamento e penalização, também diferentes.

Cita-se como exemplo a situação em que o pai agride seu filho e sua filha, agressões que geram lesões leves em ambos. No caso do filho esse será processado e julgado no âmbito dos juizados especiais, conforme preceitua a Lei nº 9.099/95, pois faz jus a todos os benefícios que a Lei o confere. No caso da filha, o delito em voga, seria considerado um delito doméstico, no âmbito da Lei Maria da Penha.

Com isso, haveria dois procedimentos, julgamentos e penalizações distintos, o que para parte da doutrina e da jurisprudência não é correto a luz da Constituição Federal.

Maria Berenice Dias¹⁸, em sua obra que trata do tema em destaque, também salienta a esse respeito:

A alegação é que, no mesmo contexto fático, a agressão levada a efeito contra uma pessoa de um sexo ou de outro pode levar a sequelas diversas. A hipótese ganha significado a partir do exemplo: na mesma oportunidade, o genitor ocasiona, no âmbito doméstico, lesões leves em um filho e uma filha. Além de haver dois juízos competentes, as ações seguiriam procedimentos distintos. A agressão contra o menino, encontra-se sobre a égide do Juizado Especial, fazendo jus o agressor, a todos os benefícios por o delito ser considerado de menor potencial ofensivo. Já a agressão contra a filha constituiria delito doméstico no âmbito da Lei Maria da Penha. Assim, parece que a agressão contra alguém do sexo masculino seria menos grave do que contra uma pessoa do sexo feminino, o que afrontaria a proibição constitucional de designações discriminatórias relativas a filiações (CF 227, § 6º).

Ainda nesse contexto, Damásio de Jesus¹⁹ sugere que seja trocada a expressão “violência doméstica ou familiar contra a mulher” para “violência doméstica e familiar contra a pessoa”.

¹⁸ DIAS, op. cit., p. 76

¹⁹ DAMÁSIO *apud* DIAS, p.76

Todavia, a solução que vem sendo adotada, e me parece a mais acertada, é se deslocar o julgamento do crime praticado contra o filho para o âmbito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, sendo certa a diferenciação de julgamentos, aplicando-se para um a Lei nº 9.099/95 e para o outro a Lei Maria da Penha, conforme o caso e os envolvidos.

Outro ponto que gera controvérsia é a aplicação do art. 98, I da CRFB. Preceitua o dispositivo que a legislação infraconstitucional é que terá que prever os crimes de menor potencial ofensivo. No ordenamento jurídico a Lei que especifica e regula os crimes assim qualificados é a Lei nº 9.099/95. Com o advento da Lei Maria da Penha, os crimes de sua abrangência, que anteriormente eram regulados pela Lei nº 9.099/95, foram desqualificados, e as benesses que outrora eram experimentadas pelo autor do fato, foram levadas a efeito.

Entretanto, a desqualificação efetuada pela nova Lei, não deve gerar nenhuma afetação ao que ensina a inteligência do art. 98, I, da CRFB, pois se trata da exceção à regra.

Como bem explica Marcelo Lessa Bastos²⁰:

[...]existe uma regra e a exceção: são infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitas aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, todas as infrações penais cuja a pena máxima cominada não exceda a dois anos, exceto aquelas que, independente da pena cominada, decorram de violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos do art. 41, combinado com os arts.5º e 7º da Lei 11.340/06.

Destaca-se como sendo outro causador de divergências o art. 33, da Lei Maria da Penha, que atribui competências distintas para o julgamento das causas oriundas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Esse artigo atribui competência cível e criminal aos Juizados criados para processamento e julgamento das causas em voga. Com isso, cria-se

²⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9006>>. Acesso em 8 de ago. 2011.

outro ponto controvertido na doutrina especializada, o que para os mais críticos invade competência exclusiva dos respectivos Tribunais e a independência dos poderes, interferindo no “autogoverno da Magistratura”.

Tais críticas encontram amparo no Enunciado 86 do III Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro: “É inconstitucional o artigo 33 da Lei nº 11.340/06 por versar sobre matéria de organização judiciária, cuja a competência legislativa é estadual (art. 125, §1º da Constituição Federal).”

Entretanto, a Lei Federal não transborda seus limites quando defini competência. No histórico legislativo brasileiro, não é a primeira vez que há a interferência nesse sentido. Como exemplo, podemos citar quando a incidência da Lei dos Juizados Especiais foi afastada no caso de cometimento de crimes militares.

Dessa forma, como já apregoado, não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, nem de qualquer de seus dispositivos, muito menos de tratamento desigual entre pessoas de sexo diferentes, pelo fato da Lei ser direcionada apenas a pessoas do sexo feminino.

Esse fato somente vem a corroborar com a questão da vulnerabilidade que, é o instituto embasador da criação da Lei em análise. Vulnerabilidade esta, que visa extinguir as desigualdades existentes entre ambos os sexos no que tange a violência praticada no âmbito da entidade doméstica e familiar contra a mulher, fazendo assim, como outrora fizeram outros legisladores com o advento do Estatuto da Criança e da Juventude, o Estatuto do Idoso, e que não sofreram tantas críticas a sua aplicação perante os preceitos constitucionais.

Contudo, visando a dar fim a tanta polêmica, o Presidente da República, no intuito de evitar decisões que pudessem alegar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, ingressou com ação visando à declaração de constitucionalidade da referida Lei, mais especificamente dos art. 33 e art. 41, da Lei nº 11.340/06, encontrando-se, ainda, em trâmite.

Todavia, apesar de tamanha polêmica ao redor do assunto, a grande maioria das decisões atinentes a Lei nº 11.340/06, vem entendendo por sua constitucionalidade, o que nos assegura a efetiva aplicação da mesma, afastando o aparente conflito com os ditames constitucionais.

Conclui-se, finalmente, que a aplicação, efetividade e eficácia da Lei Maria da Penha não é obstada pelos dogmas constitucionais. Não abalam o referido diploma legal os princípios, garantias e direitos fundamentais apregoados por nossa Carta Magna, a contrário censo, a Lei 11.340/06 é fruto da consonância dos ditames constitucionais, com a regulação da vida em sociedade, dando ênfase a ações afirmativas, onde os indivíduos buscam a verdadeira aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou mostrar que a Lei nº 11.340/06 nada mais é que uma ação afirmativa que busca atingir parcela da sociedade que ao longo de toda a história do país tem sido posta a margem dos ditames legais.

Deu ênfase a aplicabilidade da Lei Maria da Penha em face dos princípios constitucionais, ou seja, a maior discussão a respeito de sua validade e seu maior entrave nos Tribunais, mostrando para tanto que o princípio da igualdade, tão citado por aqueles que defendem sua inconstitucionalidade, é respeitado pela Lei, haja vista ser a igualdade substancial a que deve ser considerada, pois, evidentes são as diferenças entre os sexos, e na busca pela igualdade substancial elas devem ser consideradas atentando para ações afirmativas como o caso da Lei Maria da Penha.

Por fim, comentou-se, ainda, que as divergências existentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial não se limitam as relações entre cônjuges e companheiros, mas também entre

os filhos de sexo diferentes, o que causaria diferença inclusive no processamento da ação pertinente ao caso levado a julgamento.

Tudo isso, no intuito de apontar a solução possível através do que vem sendo aplicado nos Tribunais, além de tentar colocar sua humilde opinião para que tal diploma legal seja aplicado de forma a resolver de vez a situação de penúria que vivem diversas mulheres no seio de nossa sociedade e dentro de suas próprias famílias, no mesmo sentido caminha o STF que, em decisão recente, deu um grande passo rumo a tornar eficaz e eficiente o que o legislador, há seis anos, acreditou ser o melhor para a sociedade brasileira em termos humanitários e de igualdade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9006>>. Acesso em 8 de ago. 2011.

BRASIL. Constituições da República Federativa do Brasil, de 1824 a 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 08 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/htm..> Acesso em 09 de abril de 2012.

BRASIL. STF. ADI 4424/DF. Rel.Min. Marco Aurélio. Publicação em: 09 de fev. de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de mar. De 2012.

DAMÁSIO *apud* DIAS, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2010.

DIAS, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2010.

STF. Pesquisa de Jurisprudência. Informativo nº 654. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 10 de março de 2011.