

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
CURSO DE DIREITO

EDUARDO SZITIKO DE SOUZA

**A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA LEI 11.340,
DE 7 DE AGOSTO DE 2006**

MARÍLIA
2008

EDUARDO SZITIKO DE SOUZA

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA LEI 11.340, DE
7 DE AGOSTO DE 2006

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

MARÍLIA
2008

SOUZA, Eduardo Szitiko.

A Aplicabilidade Do Princípio Da Igualdade Na Lei 11.340, De 7 De Agosto De 2006/ Eduardo Szitiko de Souza; orientador: Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, 2008.

67 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. A Aplicabilidade do Princípio da Igualdade na Lei 11.340, de 7 de Agosto de 2006

I. Título.

CDD-342.16



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

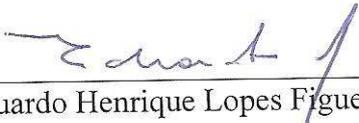
Eduardo Szitiko de Souza

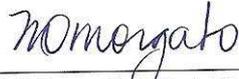
RA: 33017-5

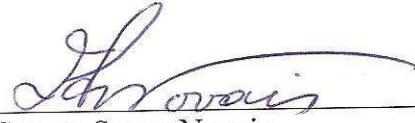
**A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA LEI 11.340
DE 07 DE AGOSTO DE 2006**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9.0

ORIENTADOR(A): 
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

1º EXAMINADOR(A): 
Melissa Cabrini Morgato

2º EXAMINADOR(A): 
Elma Soraya Souza Novais

Marília, 24 de outubro de 2008.

A minha mãe em especial, uma mulher batalhadora, honesta, carinhosa, motivo pelo qual me conduz a ser uma pessoa melhor a cada dia, e sonho que poderei ser metade do ser humano que ela é. Ao meu pai que contribuiu para eu ser o homem que sou hoje. A meus irmãos que sempre estão comigo. A minha namorada que sempre me apoiou em todos os meus problemas e minhas conquistas, e que agradeço a Deus por fazer parte da vida dela. E aos meus amigos sem os quais não seria e nem estaria onde estou.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter-me presenteado com a maravilhosa família que tenho, fazendo dela uma bússola no meu mar de conflitos, guiando-me sempre a um lugar seguro. E também me orientando de forma a construir um ser humano melhor, através de seus ensinamentos, de suas broncas, de suas palavras de carinho e compreensão. São eles o pai Osmano, a mãe Jandira, a irmã Andresa e o irmão Rafael. Também agradeço as pessoas que se anexaram a minha família, Rodolfo e Juliana, meus cunhados, fazendo parte da minha vida.

A Caroline, minha namorada, pessoa especial que conheci, por quem me apaixonei e continuo me apaixonando a cada dia mais e mais. Ela me sustenta, ampara, ilumina, acalma e coloca destino à minha vida.

Um ser humano não é completo sem seus respectivos amigos. Neste aspecto eu sou muito grato por possuir os melhores deles, e cada um com sua característica peculiar que me conquistou intimamente: a Débora, amiga inseparável em todos os momentos, o João Ricardo por ser o cara mais parceiro, o Toffoli, o irmãozinho sapeca que nunca tive, o Vinicius que sempre esteve presente nas situações mais adversas, e os demais que não caberiam neste singelo agradecimento, porém lembro-me de vocês a toda hora. Camila, Taís, Pipoca, Dog, Marcão, e os que se passaram pela minha vida deixando nela imagens vivas.

Sou grato aos meus companheiros de jornada que me ajudaram em mais uma conquista de minha vida, ou melhor dizendo, ao pessoal da sala, em especial aos que se tornaram amigos: Gilmar, Filipe, Glauco, Diego, Rafael, Eulália, Julia, Jaqueline, Karen, Henrique Gustavo e aos demais, pertencentes à sala, que se tornaram companheiros.

Seria muito ingrato de não mencionar os mestres que fizeram desta árdua caminhada um motivo esperançoso, e que pela convivência se tornaram amigos. Faço referências em especial à: Estando, Fracasso, Tayon, Marçal, e aos demais que embora não tenham compartilhado de um vivência mais próxima, estarão sempre em minhas lembranças como eternos mestres a quem devo todo o respeito e agradecimentos, pois podem ter certeza que cumpriram com o seu papel de educadores.

Ao meu professor e orientador Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, obrigado pela atenção e dedicação a cada passo até a conclusão deste trabalho.

Aos meus mestres desta faculdade que se dispuseram a oferecer seus conhecimentos, seu tempo, e colaboraram também para que eu chegasse até aqui.

A todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a minha formação e para a produção deste trabalho; os meus sinceros agradecimentos e carinho por todos vocês!

*“Um homem não sabe daquilo que é capaz até que o tenta fazer.”
(Charles Dickens)*

SOUZA, Eduardo Szitiko. **A Aplicabilidade do Princípio da Igualdade na Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2007**. 2008, 63 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo o confronto dos aspectos gerais do princípio da igualdade, e principalmente a sua aplicabilidade diante da lei 11.340 de 7 de Agosto de 2007, discutindo-se a sua correlação com as igualdades material e formal. Para tanto, foi necessária a abordagem do assunto desde sua origem, história da mulher no Brasil, aceitação social, bem como a evolução da legislação civil e penal brasileira. Esta pesquisa foi feita através de leitura e fichamento de obras de autores devidamente citados nas referências bibliográficas.

Palavras-chaves: Princípio da Igualdade, Mulher, Violência Doméstica, Princípio da Isonomia.

SOUZA, Eduardo Szitiko. **A Aplicabilidade do Princípio da Igualdade na Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2007**. 2008, 63 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

ABSTRACT

This study has as a goal the confrontation of the general aspects of the beginning of the equality, e mainly its applicability ahead of the law 11.340 – August 7th, 2007, arguing this correlation with the equalities material and formal. Therefore, it was necessary to approach since its origin, history of the woman in Brazil, social acceptance, as well as the evolution of the civil legislation and criminal Brazilian. This research was done through the reading and writing of the authors mentioned on the bibliographical references.

Key-words: Principle of the Equality, Woman, Domestic Violence, Principle of the Isonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A MULHER NO BRASIL.....	13
1.1. A Mulher Indígena	13
1.2. Da Aristocracia Rural à Vida Urbana Burguesa.....	14
1.3. A Mulher na Década de 50.....	16
1.4. O Contrato Sexual.....	21
1.5. Do Crime Passional.....	24
1.6. O Caso Maria da Penha.....	28
2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	33
2.1. Tipos de Violência.....	34
2.2. Comentários Sobre a Lei 11.340 “Maria da Penha”	40
3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA RELAÇÃO A ESTRUTURA NORMATIVA DA LEI.....	50
3.1. Definição de Princípio.....	50
3.2 O Princípio da Igualdade na Constituição Federal de 1988.....	53
3.3. Da Igualdade Material.....	56
3.4. Igualdade Formal.....	57
3.5. Da Aplicabilidade da Igualdade.....	60
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	65

INTRODUÇÃO

Em 7 de Agosto de 2006 entrou em vigor a Lei 11.340/2006, que trata da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, apelidada de lei “Maria da Penha”, em homenagem a uma das milhares de vítimas deste tipo de agressão.

Antes de se avaliar seus efeitos gerados com a sua entrada em vigor, devemos voltar-nos ao que levou o legislador a propor e posteriormente efetivar tal dispositivo. Não nos atentando apenas aos reflexos jurídicos, procurou-se nesse buscar um traço evolutivo em nossas relações familiares e domésticas em especial voltado às mulheres.

Porém, em se tratando do Brasil, é difícil definir-se um padrão de conduta caracterizado como nacional, pois atualmente encontramos diferentes costumes e padrões distintos em cada parte do território nacional.

Evolutivamente podemos mencionar que a mulher, em nosso país, enfrentou e enfrenta um preconceito notório. Lembramos que anteriormente nem como sujeito de direitos a mulher poderia ser caracterizada, sendo tratada mais como um acessório ou de seu pai ou de seu esposo.

No ordenamento jurídico houve uma gradativa evolução, e foram-se equiparando cada vez mais as condições, direitos e deveres entre os sexos. Hoje em dia, estabelecida em nossa maior grau de hierarquia jurídica, a Constituição Federal, como um dos preceitos fundamentais, tem o papel de igualar homens e mulheres e também de erradicar as diferenças entres os mais e os menos favorecidos.

Papel difícil este do legislador, que deve harmonizar os dispositivos, a fim de não se contradizerem, e focar a manutenção do equilíbrio na sociedade e a resposta aos anseios do homem.

Assim sendo, no primeiro capítulo, busca-se demonstrar os diferentes costumes e hábitos pertencentes ao sistema familiar, em relação ao tratamento para com a mulher. Passando pelo começo de nossa história, através dos costumes indígenas, e ressaltando a sociedade durante as épocas, muda-se assim, o conceito de família e até mesmo com relevância o tratamento destinado à mulher a cada mudança de padrão.

No segundo capítulo tentamos oferecer os pontos controvertidos da Lei 11.340/2006, bem como as principais mudanças trazidas por esta. Respalhando tanto na legislação quanto aos ensinamentos jurídicos, comparando a nova lei com as leis que vinham sendo aplicadas.

No terceiro e último capítulo, demonstramos a vital importância da estrutura normativa, estando esta em comum acordo com as normas e princípios vigentes. Neste

demonstra-se o princípio da Igualdade e o da Isonomia, confrontando-se entre si, e resultando em uma melhor aplicabilidade da norma jurídica estudada, afim de que se atinja seu objetivo.

CAPITULO 1- A MULHER NO BRASIL

1.1 A Mulher Indígena

A fonte para a compreensão do problema da violência dentro do ambiente familiar e outros correlacionados a este, está intimamente interligado ao papel exercido pela mulher dentro da sociedade brasileira, desde o início da colonização à ascensão da burguesia, modificando a centralização dos recursos gerados pela sociedade rural brasileira, para dar espaço a uma nova forma de comércio.

Esta prática era exercida não somente pela elite agrária, mas também por pequenos e grandes mercadores, que aos poucos detiveram um forte poder aquisitivo, e como de costume quem tem dinheiro logo almeja o poder. Neste caso não foi diferente, pois a burguesia se transformou no alicerce da sociedade à qual pertencemos.

Antes de analisarmos a sociedade burguesa, devemos voltar os olhos ao início, salientando assim a mulher no período da colonização, onde inicialmente se verifica a presença marcante dos indígenas que recepcionaram a chegada dos primeiros europeus. Como a maioria das culturas primitivas encontradas nesta região, a mulher tinha o papel fundamental para a sociedade à qual pertencia.

Mesmo assim, era ao homem que realmente se dava importância, que tinha em suas mãos o poder de decidir o futuro da tribo. Cabiam à mulher indígena funções de preparar alguns rituais, cuidar da prole, reproduzir, tecer algodão, artesanato tanto os de adornos como os de alvenaria.

Os índios tratavam suas companheiras muito bem, exceto quando se embebedavam com cauim. Contudo, passados os momentos de embriaguez e de ódio, tornavam-se amistosos. Os homens protegiam suas mulheres de diversas formas: sempre andavam juntos; longe da aldeia, em lugares perigosos, eles caminhavam na frente para protegê-las de ciladas; se o inimigo aparecesse, eles lutavam, dando oportunidade para que elas fugissem (PRIORE, 2007, p. 19).

Alguns historiadores e pesquisadores, tais como, Jean de Léry, Frei Vicente do Salvador, entre outros, analisaram que a mulher na sociedade indígena variava seus traços de conduta de acordo com os costumes da tribo à qual pertencia, porém, na maioria a mulher indígena participava da sociedade exercendo papéis de menor importância.

Ao homem se atribuíam as atividades nobres, ou seja, a caça a pesca, a guerra entre tribos etc. Esses historiadores presenciaram vários rituais e costumes desses indígenas, e analisaram que a mulher indígena também era considerada como forma de pesar a bravura do homem indígena, pois quanto mais mulheres possuía, mais bravo este era considerado.

E o que é mais admirável: vivem todas em boa paz, sem ciúmes nem brigas, obedientes todas ao marido, preocupadas com servi-lo dedicadamente nos trabalhos do lar, sem disputas nem dissensões de qualquer espécie.(PRIORE, 2007, p. 19, *apud*, ABBEVILLE, 1975, p. 223).

Relataram também muitos jesuítas franceses, e os referidos Jean de Léry e Frei Vicente do Salvador, quando se referiam às relações sexuais e suas condutas indígenas, eram em alguns aspectos totalmente diferentes das encontradas na sociedade européia.

Os índios possuíam uma sexualidade mais natural, não consideravam como ato profano ou pecado da carne, como viam os europeus. Exemplo disto pode-se mencionar a poligamia, um costume indígena.

O adultério era tratado de forma diferenciada entre os sexos, pois o adultério feminino causava grande horror; o homem enganado podia repudiar, expulsar, ou ainda, matar a mulher adúltera, pautando-se pela lei natural. E o pior acontecia se a mulher adúltera engravidasse, pois o seu filho, fruto do adultério, seria enterrado vivo, e a adúltera trucidada.

O marido traído nada fazia em relação ao outro homem que participou do adultério, pois, se este fosse tirar satisfações, poderia ocasionar uma discussão gerar até um conflito de maior porte, possivelmente uma guerra.

1.2 Da Aristocracia Rural à Vida Urbana Burguesa

A principal fonte de renda nessa época foi a agricultura, baseada em grandes latifúndios, monocultura, e escravos negros como mão-de-obra. Um dos produtos que mais se destacou foi a cana-de-açúcar e o cultivo do café. O Senhor, de engenho ou do café, impunha seu papel de proprietário, não só de suas voluptuosas fazendas, abarrotadas de escravos, mas também de tudo que nela continha, até mesmo sua família.

Relatos de alguns historiadores afirmam em suas pesquisas que a chamada família patriarcal brasileira era comandada pelo pai, detentor de enorme poder sobre seus dependentes, agregados e escravos.

O marcante estilo de vida, do qual se originaram muitas histórias e contos, era por assim dizer dominante no cotidiano, caracterizando o estilo de vida da elite social brasileira, uma vez que este era repleto de fortes influências da aristocracia portuguesa, que permitia as condutas exercidas no cotidiano de fazendeiros e mas diferenças e interações sociais definidas pelo sistema escravista.

Porém o Senhor muitas vezes abdicava de exercer influência na administração da casa grande, deixando esta obrigação a sua esposa, que organizava o lar e cuidava dos filhos, direta ou indiretamente, dando ordens às escravas que serviam na “casa grande”.

Cita Pateman o Tratado da Legislação das Relações Domésticas de 1874, dos Estados Unidos da América, que dá a definição de Senhor: “Um senhor é alguém que tem autoridade legal sobre outra pessoa; e a pessoa sobre quem tal autoridade pode ser propriamente exercida é o servo”(PATEMAN, 1993, p. 176).

De um ponto de vista bastante claro, apresentava que a mulher não possuía vida social ativa, pois seu marido exercia forte influência sobre suas atitudes e condutas. Assim sendo, a mulher não era tida como um ser singular na sociedade, pois a referência que se fazia a ela seria: a mulher de tal Barão, ou de tal Senhor.

Adquirindo assim uma identidade vinculada, pelo contrato de casamento, que em poucas palavras era a desistência da liberdade, da autoridade, e de tudo o mais, em favor do homem, e depois disso a mulher era de fato uma simples mulher, ou seja, escrava.

Passamos então à ascensão da burguesia, que trouxe a elite da família brasileira do campo para o meio urbano. O mercado urbano ganhou espaço como fonte de renda do país, onde antes só se voltavam os olhos para a agricultura, onde com a ascensão deste, famílias não tidas como tradicionais, agora faziam parte da elite econômica do país. Onde outrora se vivia em grandes latifúndios, deu-se lugar a espaços urbanos, em que seu vizinho não estava a quilômetros de distância e sim a poucos metros de sua casa, acarretando no aumento das relações sociais entre as famílias.

O convívio social aumentava a cada dia, as mulheres foram tomando espaço nesta inter-relação de famílias, participando de festas e eventos com maior frequência. Outrossim, este significativo aumento das relações sociais em que a mulher se torna mais presente, não se refletia dentro do convívio familiar, pois da mulher se exigiam ainda as mesmas coisas e se impunham quase todas as mesmas restrições.

A esposa e mãe da família burguesa deveria adotar regras castas no encontro sexual com o marido, vigiar a castidade das filhas, constituir uma

descendência saudável e cuidar do comportamento da prole (PRIORE, 2007, p.230).

Com o aumento do convívio social, a mulher era por sua vez mais vigiada pelo homem, onde este a restringia ao máximo de se relacionar com as outras pessoas, quando não estivesse sendo acompanhada por seu marido. Desta forma a mulher preenchia seu tempo ocioso com aulas de música, canto, bordado, e principalmente de literatura, em que encontrava a vida tão sonhada. E com isso os escritores vendiam inúmeras cópias de seus romances.

Não se sabe ao certo qual foi o motivo que ensejou o aumento dos casos de infidelidade. Alguns atribuem que o ingresso da mulher no meio social fez com que ela fosse percebida pelos demais homens, e de certa forma cedesse a cortejos, cometendo adultério.

O adultério na sociedade burguesa se deu como um reflexo da insatisfação que a mulher tinha no convívio familiar com seu esposo, pois a prática do “desquite” foi aos poucos se tornando numerosa e rotineira.

A sociedade não via a mulher adúltera com “bons olhos”, sendo sempre apontada na rua e comentada dentro das reuniões sociais além do fato de que a esta mulher não restava muita opções, pois o adultério na época era considerado uma conduta ilícita, atribuindo a esta a expressão de mulher promíscua, ou, como muitos diziam, não era mais uma mulher “honesta”.

1.3 A Mulher na Década de 50

A burguesia tornou-se a base da sociedade que conhecemos hoje, tomando como ponto de referência à década de 50, ou ‘Anos Dourados’. As atenções estavam voltadas às mulheres ou moças pertencentes a classe social média, e a estas se destinava uma literatura específica de artigos de jornais e revistas. Este material se pautava na maioria das vezes em teses de bom senso, cujos pressupostos fazem parte da mentalidade dominante dos anos dourados.

Estes conselhos dados pelos referidos artigos eram praticamente os mesmos que poderiam estar presentes nos conselhos de uma mãe a sua filha, nos sermões de um padre, nas opiniões de um juiz ou de um legislador sintonizados com o seu tempo. Isso não quer dizer que todas as mulheres agiriam desta forma, mas pelo menos era isso que se esperava da maioria.

As páginas das revistas que tratavam de assuntos femininos nos levam ao encontro das idéias sobre a diferença sexual predominantes nessa sociedade. *Jornal das moças, Querida, Vida domestica, Você*, as secções para mulher de *O Cruzeiro* traziam imagens femininas e masculinas, o modelo de família – branca, de classe média, nuclear, hierárquica, com papéis definidos – regras de comportamento e opiniões sobre sexualidade, casamento, juventude, trabalho feminino e felicidade conjugal. Essas imagens, mais do que refletir um aparente consenso social sobre a moral e os bons costumes, promoviam os valores de classe, raça, e gênero dominante de sua época. Como conselheiras, fonte importante de informação e companheiras de lazer – a TV ainda era incipiente no país-, as revistas influenciaram a realidade das mulheres de classe media de seu tempo assim como sofreram influencias das mudanças sociais vividas – e algumas também promovidas – por essas mulheres (PRIORE, 2007, p. 609).

A iniciativa, a participação no mercado de trabalho, a força de espírito de aventura definiam a masculinidade, enquanto as moças se destinavam o mesmo fim, na sociedade daquela época: ser mãe, esposa e dona de casa, características consideradas como parte da essência feminina e como tal incontestáveis, era o destino natural das mulheres, consideradas marcas da feminilidade.

Para que a mulher seguisse estes passos, desde criança era educada a ser uma boa mãe e dona de casa exemplar, e para garantir isso, as mães preparavam as crianças e as moças ensinando-lhes prendas domésticas, garantindo que suas filhas agradassem seus futuros maridos, sendo que o casamento era a porta de entrada para realização feminina, pois só assim considerava que uma mulher poderia ser feliz e fazer com que estas pessoas a sua volta fossem felizes também.

Como forma de educar as moças, além dos avisos e recomendações dos pais, elas tinham à sua disposição a literatura de revistas e artigos de jornais, que lhes davam conselhos e demonstrações de como deveriam se portar as moças de família, e qualquer conduta diferente desta caracterizava a moça como leviana.

A experiência aconselhada, em benefício da moça que quer conviver com rapazes, que, conquanto tenha confiança em si mesma, nunca tenha confiança em tal grau que a exponha a todas as provas. O amor é uma força às vezes cega – é preciso andar sempre de olhos abertos para não cair [...] Encontrar-se com um desconhecido e sair com ele é arriscar muito. Nem sempre a popularidade é uma boa recomendação para a moça [...] nem sempre o rapaz se diverte com a moça de maneira recomendável para ela. Depende muito da moça a maneira como é tratada pelos rapazes. Se dá preferência a modas e modos provocantes, perde direito de queixar-se se o rapaz quiser avançar o sinal. O estímulo quem deu foi ela. [...] chamar atenção dos rapazes [com gestos estudados e sensuais] é depreciativo para a moça.

Os automóveis são um excelente meio de condução. Mas às vezes levam a moça longe demais. É preferível evitá-los pelo menos em passeios fora da cidade ou em lugares desertos (PRIORE, 2007, p. 612, *apud* O CRUZEIRO, 24 MAIO DE 1958).

Muitos pais da época diziam que um dos maiores responsáveis pela súbita mudança das condutas e atitudes de suas moças seria a inserção do cinema americano no Brasil, trazendo como personagens uma juventude rebelde que contestava os pais e ia de frente contra a moral e os bons costumes, tornando-se a juventude transviada.

A moda hollywoodiana marcou a sociedade brasileira, sendo ou não uma juventude rebelde, estava impregnada em seu subconsciente de alguns costumes, no íntimo de cada jovem.

Uma moça que tivesse muitos namorados e permitisse várias liberdades em seus relacionamentos, dificilmente conseguiria casar-se, pois eram raros os homens que admitiam casar-se com uma moça deflorada por outro homem, sendo este fato até causa de anulação de casamento, se o recém casado descobrisse que a noiva não era mais virgem.

Não importavam os desejos femininos ou a vontade de agir espontaneamente, o que contava eram as aparências e as regras, pois aconselhava-se às moças – “mesmo se ele se divertir, não gostará que você fuja dos padrões, julgará você leviana e fará fofocas a seu respeito na roda de amigos” (PRIORE, 2007, p. 615, *apud* Jornal das Moças, 1955).

As garotas que “permitissem liberdades que jamais deveriam ser concedidas por alguém que se preze em sua dignidade” acabam sendo dispensadas e esquecidas, pois o rapaz não se lembrará da moça a não ser pelas liberdades concedidas (PRIORE, 2007 p. 615 *apud* O CRUZEIRO 1955).

Casar-se bem, ser boa mãe, boa esposa, fazendo assim de seu marido um homem feliz, pois só assim ela se sentiria feliz, eram objetivos típicos de uma moça comum da época. Assim sendo, para conseguir atrair um bom pretendente, a moça não poderia tomar a iniciativa, sendo este o papel do rapaz, caberia à moça utilizar flertes mais discretos, fazendo que o rapaz desenvolvesse um súbito interesse pela moça, pois não era considerada uma atitude de moça de respeito tomar iniciativa.

O namoro era um grande passo para o casamento; os pais da moça só permitiriam o namoro se o rapaz demonstrasse intenções de se casar, mas caberia também a moça se resguardar e privar-se de intimidades para com o namorado até se casarem.

A sociedade deixava estampado que a moça que se entregava a qualquer um, não era digna de ser uma esposa, os pais teriam vergonha dela e os rapazes a procurariam com apenas o interesse das chamadas segundas intenções.

Era comum no namoro o homem procurar outras mulheres para satisfazer a sua libido sexual, e comumente suas namoradas ou noivas sabiam destas aventuras e não os reprimiam em tê-las, porém, se tal fato ocorresse ao inverso, ou seja, a moça que se entregasse a outro, estando namorando ou ao menos se der ao desfrute, era recriminada e taxada pela sociedade, bem como sua família, principalmente seu pai, que seria motivo de comentários maldosos.

Assim sendo, acabaria com a integridade moral e afetiva daquela família perante a sociedade e principalmente entre os entes pertencentes desta; o convívio entre eles dificilmente voltaria ao normal.

Após a cerimônia de casamento, a noiva estaria realizando um de seus maiores sonhos e ingressando em uma nova vida, porém com princípios segundo os quais ela conviveu no casamento de seus pais, e foi preparada a enfrentar a submissão total ao seu marido e devoção a garantir uma casa alegre, cheia de filhos e bem cuidada, e ainda assim estar sempre pronta e disposta sexualmente quando seu marido reivindicasse seu direito de esposo, como era comum de se ver na época.

Com o aumento dos centros urbanos e o acúmulo de pessoas nestas zonas, o relevante crescimento do mercado, e com isso da produtividade, a mulher foi ganhando espaço no mercado de trabalho desenvolvendo algumas atividades, tais como: enfermeira, secretária, recepcionista, balconista, professora etc.

O ingresso da mulher no mercado de trabalho não agradava aos homens, que as viam não como parceiras no trabalho, e sim como concorrentes.

Mesmo com o aumento do número de mulheres no mercado de trabalho, algumas restrições cabiam na sua grande maioria às mulheres que pertenciam à classe média. Comumente se dizia que, se a mulher trabalhasse e viesse a se casar, era função do marido sustentá-la, para que essa deixasse o emprego e se dedicasse a suas atividades de boa esposa.

O pior acontecia quando a mulher, mesmo casada, continuasse a trabalhar. Isso significava que o casal estaria passando por dificuldades financeiras e, com isso, o simples fato de a mulher continuar trabalhando envergonhava seu marido.

Lugar de mulher é o lar [...] a tentativa da mulher moderna de viver como um homem durante o dia, e como uma mulher durante a noite, é a causa de muitos lares infelizes e destroçados [...] Felizmente, porém, a ambição da maioria das mulheres ainda continua a ser o casamento e a família. Muitas, no entanto, almejam levar uma vida dupla: no trabalho e em casa, como

esposa, a fim de demonstrar aos homens que podem competir com eles no seu terreno, o que freqüentemente as leva a um eventual repúdio de seu papel feminino. Procurar ser à noite esposa e mãe perfeitas e funcionaria exemplar durante o dia requer um esforço excessivo [...] O resultado é geralmente a confusão e a tensão reinantes no lar, em prejuízos dos filhos e da família (PRIORE, 2007, p. 624 *apud* QUERIDA, 1954).

As diferenças entre homens e mulheres não existiam apenas no mercado de trabalho. A perceptível diferenciação entre relacionamentos extraconjugais era notória. A mulher, se tivesse um relacionamento extraconjugal e seu esposo viesse a tomar conhecimento, era fortemente criticada e a punição viria, pois a honra do marido caminhava com o comportamento de sua esposa; então era comum diante de tal caso o marido castigar violentamente, configurando assim o crime passional.

Contra a mulher adúltera ou supostamente infiel, esses crimes praticados pelos esposos traídos eram perdoados pelas autoridades da lei, pois entendiam que o marido agiu em legítima defesa da honra. Nos casos em que o marido não aceitasse conviver mais com a esposa adúltera, a separação era praticamente inevitável, pois considerava que a mulher adúltera dificilmente poderia ser uma boa mãe.

[...] que atitude deve tomar um marido que se sabe enganado. Permanecer ao lado de quem o traiçoa seria indigno de sua parte [...] Mesmo porque não se pode exigir de um marido que viva com uma mulher infiel. Não pode haver harmonia num clima de indignidade. Num caso desses o pai tem que fazer da fraqueza das crianças a sua armadura de coragem para enfrentar sozinho as responsabilidades que deveriam ser desempenhadas a dois (PRIORE, 2007, p. 634 *apud* O CRUZEIRO, 1956).

Entretanto, em relação ao marido adúltero, a mulher comumente descobria a infidelidade e agia como se nada tivesse acontecido; a esposa não repreendia o marido por ele estar tendo aventuras extraconjugais; entendia que a real causadora disso era a mulher adúltera, com a qual seu marido estava tendo uma aventura. Era função da esposa manter a paz conjugal a qualquer custo, já que a esposa acreditava que era apenas uma aventura sem relevância e que o seu marido sempre voltava.

[mantenha-se] no seu lugar de honra, evitando a todo custo cenas desagradáveis que só servirão para exacerbar a paixão de seu marido pela outra [...] [Enfoque-se] para não sucumbir moralmente [...] levando tanto quanto possível uma vida normal, sem descuidar do aspecto físico [...] (PRIORE, 2007 p. 635 *apud* O CRUZEIRO, 1960).

[...] sorrir e não fazer cenas para que o marido, a fim de fugir dessas cenas, não caia nos braços de outra e abandone de vez a casa (PRIORE, 2007 p.635 *apud* JORNAL DAS MOÇAS, 1956).

Os anos dourados, a juventude transviada, as moças de família, a esposa dedicada, tudo est interligado intimamente, marcando assim uma época que para muitos deixou profundas saudades e para outros, amargas lembranças.

Contudo, esta época foi tão intensa, marcando assim um padrão de vida, que podemos perceber seus traços de infra-estrutura presentes nos dias de hoje, como se fossem um alicerce para construção de uma família exemplar.

Podemos reconhecer, ainda hoje, traços dos Anos Dourados em certos costumes e valores que definem, unem e até estabelecem hierarquias entre homem e mulher. Muitas das idéias dessa época foram contestadas e separadas, podendo, nos dias atuais, causar reações do estranhamento à repulsa.

Seria fácil atribuir as mudanças percebidas simplesmente ao avanço do tempos e às mentalidades, como costumavam fazer as revistas da época. Seria correto levar em conta fatores sociais, político-econômico e demográficos – alguns dos quais chegaram a ser apontados aqui – para explicar as transformações ocorridas. Entretanto, não devem ser esquecidas as pessoas concretas que, vivendo os Anos Dourados como idéias diferenciadas, ousadia, coragem e vontade de renovação, fizeram com que estes anos tivessem também outras tonalidades e cores (PRIORE, 2007, p. 637).

A estrutura familiar gerada com base nos costumes dos referidos anos dourados pertence não só à história de uma época, mas também a uma forma de vida cujos reflexos encontramos nos dias atuais.

1.4 O Contrato Sexual

Durante o século XVII, as feministas equiparavam as condições das mulheres, às condições dos escravos cativos. Esses escravos mantinham um vínculo gerado através do contrato de compra e venda que onde se transferia todos os direitos de posse e usufruto de um senhor ao outro.

O contrato que gera poderes sobre as mulheres para com o seu marido é o casamento que estabelece assim um vínculo chamado por Carole Pateman de “Contrato Sexual”, transformando assim a mulher em mais uma propriedade do senhor.

Para entendermos melhor o que seria “Senhor” na concepção dos historiadores, considere-se a seguinte definição retirada do Tratado da legislação das relações domésticas,

publicado nos Estados Unidos em 1874, citada por Pateman: “Um Senhor é alguém que tem autoridade legal sobre outra pessoa; e a pessoa sobre quem tal autoridade pode ser propriamente exercida é o servo” (PATEMAN, 1993, p. 176).

Tal contrato de casamento para Pateman é determinado pelo seguinte aspecto:

[...] é o único exemplo que restou dos contratos de trabalho doméstico, e, desse modo a relação conjugal pode facilmente ser encarada como um remanescente da ordem doméstica pré-moderna—como uma relíquia feudal, ou um aspecto do status do antigo mundo que ainda não foi modificado pelo contrato (PATEMAN, 1993, p. 177).

Podemos identificar neste aspecto que, apesar das conquistas adquiridas pelas mulheres através dos movimentos feministas, a instituição casamento mantém em seu íntimo traços que perpetuam até a atualidade, transformando a mulher em uma dona-de-casa permanente.

O socialista cooperativista William Thompson fornece uma história conjectural semelhante sobre a origem do casamento. Ele argumenta que, no começo, a maior força dos homens, auxiliada pela astúcia, possibilitou que eles escravizassem as mulheres. Os homens teriam transformado as mulheres em meras empregadas se não fosse o fato de eles dependerem delas para satisfazerem seus desejos sexuais. Se os homens não tivessem desejo sexual, ou se a multiplicação da espécie não dependesse da intervenção dos homens de uma forma que também lhes dá prazer sexual, não haveria necessidade da instituição na qual cada homem traz uma mulher para seu estabelecimento e chama isso de contrato. As mulheres são distribuídas entre os homens [...] o fraco sempre acoplado e submetido ao forte (PATEMAN, 1993, p. 179 *apud* THOMPSON, 1970, p.54).

A mulher, a qual ao se casar, era tida, não como uma esposa e sim como propriedade de seu marido, sofre este exerce toda a sua influência, a fim de limitar e condicionar a esposa a atender melhor o seu bem-estar. Desta forma Thompson chamou o casamento de “código da escravidão branca”. Através da citação feita por Pateman, este menciona que

[...]sem o contrato sexual, os homens não teriam introduzido o contrato social e criado o Estado; o domínio conjugal dos homens parece compensá-los pela sua submissão covarde aos vínculos do poder político em quase todos os lugares (PATEMAN, 1993, p. 185 *apud* THOMPSON, 1970 p. 65).

A forma pela qual a mulher era tida como propriedade do seu marido, e assim sendo, submetida a condições humilhantes e de inferioridade, fazia que essa mulher se equiparasse a uma escrava, tanto no aspecto físico, em que o homem é superior, ou no aspecto financeiro, pois a mulher dependia do homem para ter uma moradia, vestuário e alimentação. Porém com

o passar dos anos as mulheres conseguiram adquirir a sua cidadania, como menciona Pateman, quando diz:

As mulheres casadas não estão civilmente mortas como elas o foram certa vez, mas são agora, para a maioria dos propósitos, juridicamente livres e iguais; nós conquistamos a cidadania. Um cidadão juridicamente livre e igual não pode ser um escravo de fato (PATEMAN, 1993, p. 186).

A imagem que se tem sobre as intimidades, dentro do âmbito familiar, é que o homem é detentor dos poderes que influenciam o dia-a-dia dos familiares. Exercendo tal influência para garantir o seu bem-estar e muitas vezes não se importando com o bem-estar dos demais, mais especificamente com o de sua esposa, cabendo a esta sucumbir às ordens e aos desmandos, de quem nesta época era o detentor exclusivo do pátrio poder.

Onde anteriormente só o homem exercia o pátrio poder, hoje encontramos a mulher exercendo este direito também. A definição de pátrio poder passou a ser exposta de outra forma, modificou-se para poder familiar, que é exercido tanto pelo pai quanto pela mãe em iguais valores, não se levando em consideração a diferença de sexo; ambos possuem a mesma influência dentro do âmbito familiar.

No entanto podemos analisar que, apesar de a mulher gradativamente conquistar espaços na sociedade e na família, outrossim, esta realidade está longe de ser concretizada, pois, no cotidiano da vida, em sua grande maioria, as mulheres ainda sofrem as influências dos costumes, onde a submissão fez parte do cotidiano de suas mães e suas avós, instintivamente passou esta mulher, de geração a geração, a também ser submissa.

O contrato sexual, ou casamento, ainda mantém nos dias de hoje seus alicerces e atribuições, porém aos poucos as mulheres estão percebendo que elas não estão vinculadas ao contrato sexual, ou melhor dizendo, a instituição casamento, e sim este está vinculado a elas, tendo estas mulheres os mesmos direitos e deveres de seu esposo, sendo esses deveres e direitos garantidos em lei.

Art – 1511: “O Casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2007).

Art – 5I – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”(BRASIL, 1988).

Ressalte-se que estamos longe de convalidar tais fundamentos de nosso ordenamento jurídico, transformando-os assim de um ideal utópico para uma realidade satisfatória. Cabe-nos entender que, para se alcançar algum ideal, antes se deve traçar um caminho; pois bem o caminho já foi traçado através de nosso ordenamento jurídico, cabe

agora trilhá-lo e convalidá-lo no íntimo de cada um, pois o que antes era entendido como submissão, hoje pode ser entendido como uma forma de omissão.

1.5 Do Crime Passional

Como já mencionado anteriormente, há uma grande diferença que a história nos mostra quando o assunto diz respeito ao crime passional, em que esta modalidade criminal está intimamente ligada às relações extraconjugais, mais conhecidas como adultério.

Para os adeptos da Escola Positivista Italiana, liderada por Guglielmo Ferrero e Cesare Lombroso, é isento de responsabilidade o criminoso passional, conforme explana Priore quando explicava que:

[...] certas paixões intensas se identificavam com determinadas formas de loucura, podendo anular a função inibidora da vontade, deduzindo-se daí a irresponsabilidade criminal (PRIORE, 2007, p. 379 *apud* LOMBROSO, 1986)

Ferri, criminalista da Escola Positivista, destacava a existência de paixões sociais, sendo os criminosos por elas acometidos impulsionados por motivos úteis à sociedade: o amor e a honra, o ideal político e o religioso. Argumentava que qualquer penalidade seria inútil para esses indivíduos já que as próprias condições de tempestade psíquica sob as quais eles cometem o crime tornam impossível toda influência intimidade da ameaça legislativa (PRIORE, 2007, p. 380 *apud* FERRI, p. 573 *apud* EVARISTO MORAES, 1993, p.11).

Tal fato contribui assim para que a desigualdade alcançasse níveis significativos até mesmo nas regulamentações jurídicas, onde se tratavam diferente os homens e as mulheres, atribuindo uma impunidade ao marido que cometesse a modalidade de crime chamada de crime passional.

Em alguns países os juristas adotavam a norma de impunidade total em favor do marido traído, que vingasse a honra ao surpreender a mulher em adultério, ou até mesmo tivesse forte evidência de que sua mulher fosse cometer tal conduta, atribuindo a este marido a legítima defesa da própria honra.

Os juristas entendiam que as mulheres muito se diferiam dos homens e, para tanto, deveria tratar-se de forma diferente um sexo do outro. Assim explica Lombroso, citado por Priore:

A desigualdade entre homens e mulheres em relação à questão se constituía numa realidade. Lombroso, cujas idéias estavam revestidas de forte teor

evolucionista, apontava na mulher inúmeras deficiências, além de atribuir-lhes fortes traços de perfídia e dissimulação. Ele afirmava que a mulher era menos inteligente que o homem, explicando que a presença da genialidade nesse sexo, por uma confusão de caracteres sexuais secundários, faria a mulher parecer um homem disfarçado. Era a mulher dotada de menos sensibilidade nos mais diversos âmbitos, especialmente na sexualidade. Dentre as razões que apresentava para comprovar tal afirmação, enumerava a raridade das psicopatias sexuais nesse sexo e a sua capacidade de manter a castidade, por longo tempo; atitude impossível de exigir-se dos homens. Assim, justificava que as leis contra o adultério só atingisse a mulher, cuja natureza não a predispunha a esse tipo de transgressão. Apesar de considerar a existência de uma categoria especial de mulheres – criminosas por paixão -, dizia Lombroso que o tipo puro de criminoso passional seria sempre o masculino, pois nunca a exploração da paixão na mulher poderia ser tão violenta quanto no homem (PRIORE, 2007, p. 381 apud LOMBROSO, 1896).

Tal afirmação contribuía para formação ideológica atribuída pelos juristas ao analisar os casos pertinentes a esses determinados assuntos. Quando se tratava de crimes passionais, o jurista tendia a analisar de forma mais compreensível os relatos mencionados pelo homem, atribuindo assim a culpa à mulher.

O homem estaria defendendo a sua honra de marido traído, além do fato deste possuir a chamada explosão de emoções, atribuído ao seu orgulho de homem. Enquanto que, se ocorresse o contrário, a mulher seria qualificada como agressora, pois entendia que o homem poderia possuir uma vida extraconjugal, desde que esta não interferisse no patrimônio da chamada família legítima.

Alguns países chegavam a adotar a norma de impunidade total em favor do marido que vingasse a honra ao surpreender sua mulher em adultério. No Brasil, de acordo com o Código Penal de 1890, só a mulher era penalizada por adultério, sendo punida com prisão celular de uma a três anos. O homem só era considerado adúltero no caso de possuir concubina teúda e manteúda. Os motivos da punição são óbvios, já que o adultério representava os riscos da participação de um bastardo na partilha dos bens e na gestão dos capitais. O homem, em verdade, tinha plena liberdade de exercer sua sexualidade desde que não ameaçasse o patrimônio familiar. Já a infidelidade feminina era, em geral, punida com a morte, sendo o assassino beneficiado com o argumento de que se achava “em estado de completa privação de sentidos e inteligência” no ato de cometer o crime, ou seja, acometido de loucura ou desvario momentâneo. Na prática, reconhecia-se ao homem o direito de dispor da vida da mulher (PRIORE, 2007, p. 389).

O mais relevante é o fato de que a mulher, em muitos casos, entende que o homem estaria dentro de suas atribuições, protegendo a sua honra, a integridade de sua família, de forma que sua honra estaria refletida na sociedade da qual faz parte.

A mulher tem na verdade sido condicionada, através dos costumes atribuídos à família distinta, que ser submissa ao marido faz parte da conduta exemplar de uma esposa, e que ter sua sexualidade reprimida por ela própria a define como uma mulher honesta.

A honra da mulher constitui-se em um conceito sexualmente localizado do qual o homem é o legitimador, uma vez que a honra é atribuída pela ausência do homem, através da virgindade, ou pela presença masculina no casamento. Essa concepção impõe ao gênero feminino o desconhecimento do próprio corpo e abre caminhos para a repressão de sua sexualidade. Decorre daí o fato de as mulheres manterem com seu corpo uma relação matizada por sentimentos de culpa, de impureza, de diminuição, de vergonha de não ser mais virgem, de vergonha de estar menstruada etc.

Esses sentimentos, por sua vez, seriam acionados e reforçados através de uma rede de informações sobre o corpo que se caracteriza pela transmissão de informações de caráter restritivo (“não pode”) e punitivo (“se fizer isso acontece aquilo”). A identidade sexual e social da mulher através de tais informações molda-se para atender a um sistema de dominação familiar e social. O medo, a insegurança, a vergonha, por sua vez extravasam do sexual para a atuação no social, num sistema de realimentação constante (PRIORE, 2007, p. 390 apud BRANCA, 1979, p. 106-107).

O fator de maior importância, que acarretou a equiparação das mulheres aos homens, tanto em direitos quanto em deveres, foi a súbita mudança da mulher em enfrentar o mundo da mesma forma que o homem enfrentava. E tratando-se de mulheres, era ainda pior, teria de arcar com suas obrigações no âmbito doméstico, pois além de tudo ainda era esposa.

A incidência deste fato tinha uma maior frequência na classe econômica menos favorecida, pois esta mulher, ao se deparar com os problemas do cotidiano, enfrentava o mundo da mesma forma como os homens enfrentavam, porém sofrendo os efeitos de uma ordem social injusta e discriminatória, tendo assim seu cotidiano marcado pelas dificuldades de sobrevivência.

Salientamos esse assunto neste momento, acreditando, juntamente com a professora do Departamento de História da USP Mary Del Priore, que o fato de a mulher pobre ter que se deparar com o mundo da mesma forma que os homens, fez com que essa mulher convivesse com uma violenta discriminação, por ser esta do sexo oposto.

Assim sendo, essa mulher pobre brigou, lutou, reivindicou por condições de igualdade, e para consegui-las, “bateu de frente” com os costumes da sociedade da época, substituindo-os por uma nova forma da mulher participar do cotidiano da sociedade.

Sofrendo os efeitos de uma ordem social injusta e discriminatória e tendo o seu cotidiano marcado pelas dificuldades de sobrevivência na maior parte deparamos com mulheres bastante diferentes do estereótipo feminino da época. Embora não deixassem de experimentar a influência dos padrões culturais vigentes, essas mulheres expressavam no comportamento suas condições concretas de existência, marcada por precariedades materiais que

as obrigavam a uma constante luta. Consideradas perigosas por serem pobres, eram sujeitas a constante vigilância, o que não as impedia de se apropriar de diversos espaços, lutando sem destemor pelos seus direitos. Circulavam pelas ruas, em busca da resolução de seus problemas, preocupadas com o trabalho, com os filhos, muitas vezes surpreendendo o marido ou companheiro que as enganava. Por tudo isso julgavam-se merecedoras de direitos iguais aos dos homens com que conviviam (PRIORE, 2007, p. 398).

Esta mulher pobre, batalhadora e inconformada com as injustiças com que se deparava dia após dia, foi a precursora da realidade social que vivemos hoje. Passou esta mulher a utilizar contra os homens os mesmos artifícios que eles usavam para isentá-los da culpa dos atos cometidos.

Tomamos o exemplo da legítima defesa da honra, que foi muito utilizado pelos homens quando praticavam os chamados crimes passionais, a fim de excluirmos sua ilicitude no crime praticado. Como a honra tornava-se o principal argumento, ou a proteção desta o motivo pelo qual o autor do crime cometia as mais diversas atrocidades, muitas vezes de forma irracional, motivado pela significativa perda de sua honra, ao se deparar com uma traição de seu cônjuge, a mulher chamou para si o papel de defensora da sua própria honra, que anteriormente era o homem, pai, esposo, irmão, que a defendia.

A mulher moderna estava disposta a qualquer custo enfrentar a discriminação e as desigualdades geradas pela diferença de sexo, e sendo assim, utilizava também, igual ao homem, o fator da proteção da legítima defesa da sua honra, sendo essa honra intimamente ligada à sua reputação.

Buscando uma forma de se atribuir como autor do crime passional somente o homem, esta mulher estava cada vez mais exposta a enfrentar as referidas diferenças, o que mais colidia, e até hoje colide, com as reivindicações. São os costumes burgueses que marcaram profundamente os padrões da sociedade, principalmente pelo fato de que, até hoje se encontram resquícios de suas influências.

Além da violência física, sobre elas fez-se sentir, igualmente, a violência simbólica dando lugar à incorporação de inúmeros estereótipos. Em boa parte das situações essas mulheres desenvolverão táticas com vistas a mobilizar para seus próprios fins representações que lhe eram impostas, buscando desviá-las contra a ordem que as produziu; ou seja, definiram muitos de seus poderes por meio de um movimento de reapropriação e desvio dos instrumentos simbólicos que instituem a dominação masculina contra o seu próprio dominador. Isso se evidencia nos casos de crimes contra a honra, quando as mulheres – dizendo-se perseguidas pelo sedutor justificavam sua atitude criminosa, valendo-se dos argumentos estabelecidos pelos homens. Eram elogiadas pelo empenho demonstrado na defesa de seu

mais alto valor: a reputação. Ao vitimarem o companheiro que as ameaçavam, valiam-se de pressupostos estabelecidos pela ordem hegemonicamente burguesa e masculina; alegavam sua incapacidade em mantê-las e aos seus filhos, para mais facilmente escaparem ao castigo. Não eram admitidas, porém, reações femininas frente ao adultério ou abandono, como ocorria com o homem, que acreditava apresentar sensações diversas daquelas do sexo feminino (PRIORE, 2007, p. 398).

Como reflexão às mudanças geradas da modalidade do crime passional, podemos observar que essa modificação se deu com a inserção da mulher pobre no mundo, de modo que esta enfrentava o cotidiano capitalista deparando-se com os mesmos problemas que o homem, porém com a agravante do preconceito, buscando assim melhores condições de vida tanto financeira quanto social.

Assim sendo, equiparando-se ao homem, a mulher também passou a defender a sua honra, chegando a ponto de cometer os referidos crimes passionais quando se deparavam com o adultério ou por proteção de sua dignidade. Logicamente que, diante de vários casos, houve a necessidade de o legislativo criar normas a fim de regular esses conflitos, que só foram criadas após reivindicações das mulheres.

1.6 O Caso Maria da Penha

A presença da violência física ou psicológica ainda está presente nos lares brasileiros, não somente como resposta do chamado crime passional, em que o agressor pratica o ato delituoso motivado por uma violenta emoção. O que ainda mais ocorre no cotidiano são as agressões geradas como resposta do convívio familiar, as discussões, os desentendimentos, as rixas, etc.

Antes de adentrar na parte estrutural jurídica da lei sobre violência doméstica, iremos fazer uma breve citação e resumo do caso que teve grande repercussão recentemente na sociedade, e contribuiu para a entrada em vigor da lei 11340/2006, mais conhecida como lei Maria da Penha. O nome da lei é em homenagem a biofarmacêutica aposentada Maria da Penha Fernandes, que conseguiu mostrar ao mundo o descaso das autoridades brasileiras em relação à violência doméstica contra a mulher.

Para mim foi muitíssimo importante denunciar a agressão, porque ficou registrado internacionalmente, através do meu caso, que eram inúmeras as vítimas do machismo e da falta de compromisso do Estado para acabar com a impunidade [...] Me senti recompensada por todos os momentos os quais, mesmo morrendo de vergonha, impunha minha indignação e pedia justiça para que meu caso não ser esquecido” (PENHA, 2006).

No livro de Maria da Penha Fernandes, “Sobrevivi... Posso Contar”, Maria da Penha relatada sua vida com seu ex-marido, e as violências sofridas por ela. Atualmente com 63 anos de idade, a própria Maria da Penha passou de vítima a protagonista no combate à violência doméstica. Em seu livro, a autora, agredida pelo marido, expressava o motivo que a levou a escrever: “Em 1994, publiquei o livro Sobrevivi...Posso Contar, que considero minha carta de alforria, pois foi através dele que meu caso passou a ser algo concreto, palpável, em relação aos casos de violência doméstica”.

Então, dizemos que Maria da Penha Fernandes, foi uma das protagonistas para a criação da lei 11340/2006. Devemos mencionar que após 1994, ao publicar seu livro, a escritora tornou seu caso público, sendo que em 1997, o livro chegou ao Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL).

O Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional encaminhou o caso Maria da Penha para a OEA (Organização dos Estados Americanos), e juntamente com o comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM). Uma petição redigida por essas organizações alegava que o Estado brasileiro havia sido muito tolerante em relação à violência cometida pelo ex-marido de Maria da Penha, o agressor Marcos Antonio Heredia Viveros.

Inconformidade esta gerada no tocante fato que no ano de 1997, já havia transcorrido 14 anos da tentativa de homicídio praticada contra Maria da Penha pelo seu ex-marido, e este ainda estava a solta, devido a morosidade em se analisar o caso.

Em setembro de 1998, 15 anos após a tentativa de homicídio contra Maria da Penha, a comissão de Direitos Humanos da OEA acusou o recebimento do documento e iniciou uma série de investigações sobre o andamento do caso na esfera judicial brasileira e sobre o atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil (SANTOS, 2006).

Como condenação internacional, pelo fato de o Brasil não ter-se pronunciado até 2001, a Comissão Internacional acolheu as denúncias, exigindo assim um desfecho rápido do caso na justiça brasileira e recomendando a criação de medidas, que teriam como papel fundamental prevenir e combater esse tipo de agressão.

E ainda, como uma forma de indenização, por compensação pelas irregularidades que levaram à demora da punição do ex-marido, Maria da Penha Fernandes deveria perceber a quantia de 20 mil dólares, estipulados pela comissão Internacional de Direitos Humanos.

Desde 2005 ainda está sendo discutido pela Secretaria de Política para as Mulheres (SPM) e pelo governo do Ceará o pagamento de tal indenização.

Os esforços do governo Federal na tentativa de erradicar a violência doméstica, através de órgãos como a Secretaria de Políticas às Mulheres (SPM), bem como a previsão de criação de varas especiais da mulher, e no que tange ao Ministério da Saúde, este determinou a implementação de atendimentos médicos às mulheres vítimas de agressões.

Menciona Penha, quanto às mudanças: “Avançamos, pois têm acontecido ações positivas dentro do governo federal, como a criação da Secretaria Especial de Política as Mulheres. Mas, no dia-a-dia, ainda falta muito”

1983- Maio- Maria da Penha Fernandes leva um tiro do marido, Marco Antonio Heredia Viveros, enquanto dormia; fica paraplégica.

Outubro- retorna do hospital e é mantida em cárcere privado em sua casa. Sofre nova agressão quando o marido a empurrou da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la embaixo do chuveiro. Com ajuda da família, consegue autorização judicial para abandonar a residência do casal em companhia das filhas menores.

1984 – Janeiro – Maria da Penha dá o seu primeiro depoimento à Polícia.

Setembro – Ministério Público apresenta ação penal contra o agressor.

1986 – Outubro – A Juíza da 1ª Vara aceita a denúncia.

1991 – Maio - Marco Antonio Heredia vai a Júri Popular, e é condenado a 15 anos de prisão. Defesa entra com recurso apelando da sentença.

1994 – Maria da Penha publica o livro, Sobrevivi... Posso contar.

1995 – Abril – Tribunal de Justiça do Ceará rejeita um dos recursos e pede novo julgamento.

Maio – Tribunal de Alçada do Ceará anula o primeiro julgamento.

1996 – Março – Segundo julgamento de Marco Antonio Heredia, quando é condenado a dez anos e seis meses de prisão. Defesa entra novamente com recurso.

1997 – Setembro – Comissão Internacional de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebe petição sobre o caso.

1999 – Agosto – Centro para a justiça e o Direito Internacional e Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher pedem à OEA que aceite as denúncias contra o Brasil e Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA adverte o governo brasileiro.

2000 – Outubro – Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA aprova o relatório 54/1 sobre o caso. Em nenhum momento houve manifestação do governo brasileiro.

2001 – Março – OEA reencaminha o relatório ao Brasil e dá prazo de 30 dias para pronunciamento.

2002 – Março – Nova audiência sobre o caso na OEA, quando o Brasil finalmente apresenta considerações e se compromete a cumprir as recomendações da Comissão.

Setembro – Segunda reunião da OEA, Quinze dias depois, Marcos Antonio Heredia é finalmente preso, no Rio Grande do Norte, onde morava. Porém cumpriu pena de apenas dois anos, atualmente encontra-se solto (SANTOS, 2005).

Após as tentativas de homicídio, Maria da Penha começou a atuar em movimentos sociais contra violência e impunidade e hoje é coordenadora de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV) no Ceará.

A história de Maria da Penha pode ser conhecida na biografia que escreveu em 1994, intitulada "Sobrevivi... Posso contar". Hoje ela atua junto à Coordenação de Políticas para as Mulheres da prefeitura de Fortaleza e é considerada símbolo contra a violência doméstica, e batizou a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sancionada pelo presidente Lula, no dia 7 de agosto de 2006.

"Quando soube da homenagem, fiquei emocionada e grata por saber que minha história pode servir de exemplo para outras vítimas que não sabem como se defender." (PENHA, 2006)

As mulheres vêm conquistando nas últimas décadas direitos sociais que a história e a cultura reservaram aos homens durante séculos. No entanto, ainda permanecem relações significativamente desiguais entre ambos os sexos. Essa situação dá origem a sérios problemas [...] (SERRA, 1999)

Por fim, como conseqüência dos estudos demonstrados até o presente momento, traçamos na medida do possível, parâmetros históricos do processo evolutivo dos costumes voltados às mulheres, no que tange a suas conquistas e também a suas limitações impostas pelo meio.

Mostra-se, assim, uma desigualdade relevante determinada pela sociedade em relação a homens e mulheres, onde coube ao homem ditar regras, tomar atitudes, tendo este um papel fundamental na vida de seus familiares, enquanto a mulher serviria apenas como suporte a suas vontades. Fato esse que, através do processo evolutivo que toda sociedade enfrenta, fez com que a mulher em muitos casos tomasse o "lugar" que anteriormente era destinado apenas ao homem, fazendo com que ela pudesse perceber que era igualmente capaz de desempenhar as funções tão bem quanto o homem.

A idéia principal deste capítulo é tentar demonstrar a evolução sócio-cultural que nosso país, e outros sofreram, e por isso houve mudança dos padrões anteriormente definidos como imutáveis. Porém para a aplicação do estudo deste presente trabalho, demonstra-se apenas assunto referente às condições sofridas pela mulher em nosso país. Acreditamos que antes de tudo devemos verificar as origens de um assunto para determinar suas repercussões futuras. Antes de se avaliar a lei do ponto de vista jurídico. O foco neste presente momento foi definir o que motivou a sua concretização em nosso ordenamento jurídico.

Se há mudança nos costumes, isso acarreta mudança das leis, pois o ordenamento jurídico deve evoluir no sentido de acompanhar a evolução social e, para que haja tal

evolução, haverá conflitos, pois sempre haverá quem tenderá aos costumes anteriores, e quem encontrará nos costumes, que estão sendo remodelados, uma resposta a seus problemas.

CAPITULO 2 - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A lei conceituou como a parte ofendida da questão a mulher, dentro do âmbito doméstico e familiar. Este se enquadraria à unidade doméstica, ou seja, ao local onde haja o convívio permanente de pessoas, sem que haja a necessidade de se possuir um vínculo familiar natural ou civil.

A mulher agredida no âmbito doméstico deve fazer parte dessa relação doméstica. Não seria lógico que qualquer mulher, bastando estar na casa de alguém, onde há relação doméstica entre terceiros, se agredida fosse, gerasse a aplicação da agravante mencionada. (NUCCI, 2008, p. 864).

No âmbito familiar, segundo o princípio da lei 11.340/06, considera-se família um grupo de pessoas que se forma por entes que são ou ao menos se consideram aparentados, por vínculos naturais, ou por afinidade ou até mesmo por vontade expressa. Porém nos ensinamentos de Nucci, encontramos a seguinte definição do que venha ser considerado parente.

A família é formada por parentes, naturais ou civis, mas não se pode admitir, em hipótese alguma, a situação de quem “se considera aparentado”. Qualquer um, por qualquer razão, pode se achar “aparentado” (vinculado por laços familiares) com outra(s) pessoa(s), embora o Direito não lhe reconheça tal *status*. Para ingressar no contexto da família, é preciso algo mais de que “se considerar” como tal (NUCCI, 2008, p.864).

Por fim cabe-nos salientar o que venha a ser a relação íntima de afeto, também prevista na lei de violência doméstica contra a mulher. A intimidade pode ser pesada principalmente pelos sentimentos de amizade, amor e simpatia.

O Direito Penal não pode passar a considerar mais gravemente a agressão de uma pessoa amiga contra outra somente pelo fato de ser a vítima mulher. [...] Ora, se o agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inciso III (NUCCI, 2008, p. 865).

Sob tal aspecto notei, através de estágio na Delegacia de Polícia da Mulher de Marília, que se aplica à questão da relação íntima de afeto, quando a ofendida já tenha tido algum vínculo amoroso para com o agressor, pois considera que o envolvimento amoroso abranja todos os principais sentimentos de aproximação.

2.1 Tipos de Violência

Violência, em sentido amplo, é qualquer comportamento ou conjunto de comportamentos que visem a causar dano a outra pessoa, ser vivo ou objeto. Nega-se autonomia, integridade física ou psicológica e mesmo a vida de outro. É o uso excessivo de força, além do necessário ou esperado. O termo deriva do latim *violentia* (que por sua vez deriva de vis, força, vigor); aplicação de força, vigor, contra qualquer coisa ou ente, que normalmente se torna concreta quando o ente agressor tenta impor suas vontades, ou limitar as vontades do ofendido.

No presente trabalho iremos focar a violência praticada contra a mulher, dentro do ambiente familiar ou doméstico, ambientes esses abrangidos pela lei 11340/2006, apelidada de Lei Maria da Penha. Em correlação à violência aplicada contra a mulher, iremos explicar suas espécies, partindo do fundamento básico de violência, ocasionada por leões corporais, e observando suas correlações com os outros tipos de violência.

O delito de lesão corporal pode ser conceituado como a ofensa à integridade corporal ou à saúde, ou seja, como o dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental (MIRABETE, 2005, p. 103).

Trata-se de uma ofensa física voltada à integridade ou à saúde do corpo humano. Não se enquadra neste tipo penal qualquer ofensa moral. Para a configuração do tipo é preciso que a vítima sofra algum dano ao seu corpo, alterando-se interna ou externamente, podendo, ainda abranger qualquer modificação prejudicial à sua saúde, transfigurando-se qualquer função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores. Não é indispensável a emanção de sangue ou a existência de qualquer tipo de dor. Tratando-se de saúde, não se deve levar em consideração somente a pessoa saudável, vale dizer, tornar enfermo quem não estava, mais ainda o fato de o agente ter agravado o estado de saúde de quem já se encontrava doente. É de se ressaltar, ainda na lição de Antolisei, que a lesão pode ser cometida por mecanismos não violentos, como o caso do agente que ameaça gravemente a vítima, provocando-lhe uma séria perturbação mental, ou transmite-lhe, deliberadamente, uma doença através de um contato sexual consentido (ANTOLISEI, 1997, p. 76 *apud* NUCCI, 2007, p. 575).

Sendo assim, como podemos observar na conceituação de violência, iremos a partir de agora tratá-la mais especificamente, voltada para a violência cometida contra a mulher, nomeadamente no âmbito familiar. Cabe-nos mencionar esta classificação de violência contra a mulher poderá ainda ser dividida em gênero, que se exprime ao caso de a mulher ser de fato mulher, sem distinção de classe social, religião, idade ou qualquer outra condição. Tal disparate observa-se em nossa sociedade, através dos tempos e pelos costumes inseridos no Brasil, por se tratar de uma cultura forjada pela fusão de várias etnias.

Na medida em que nossa sociedade produz modelos de comportamento desiguais a serem obedecidos por homens e mulheres, ou seja, a mulher é mais valorizada quando dedica-se inteiramente à família, aos filhos, ao marido, ao cuidado com a casa etc., a violência psicológica contra a mulher passa a fazer parte da própria cultura. As práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade e subordinação da mulher passam a ter um valor positivo (MELO, 2008).

Mais a lei não poderia generalizar todo tipo de mulher em todo tipo de situação por assim dizer; tiveram os legisladores que delimitar a abrangência da lei no âmbito familiar ou doméstico. O que para os legisladores foi algo que veio a

calhar, pois é esta violência que incomoda a sociedade, a qual se demonstra de forma mais covarde, considerada por muitos como violência dentro do âmbito familiar, no convívio com seus parentes consangüíneos e os por afinidade no âmbito da unidade doméstica. Tal consideração acima explicada abrange dois tipos de violência, que são elas; Violência Doméstica e Violência Familiar.

Doméstico é termo que diz respeito à vida em família, usualmente na mesma casa, tanto assim que sempre se definiu a agravante prevista no artigo 61, II, f, do código penal, como sendo “as ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de parentesco ou não”. [...] Daí por que cria-se uma nova figura típica, na realidade uma nova forma de lesão qualificada, teria a finalidade de atingir os variados e, infelizmente, numerosos casos de lesões corporais praticadas no recanto do lar, dentre integrantes de uma mesma vida familiar, onde deveria imperar a paz e jamais agressão. Mas, para atingir de fato, sem demagogia, as situações de violência doméstica, não se poderia partir de uma cominação de pena pífia (NUCCI, 2007, p. 585).

E como forma de esclarecer ao máximo, a fim de evitar analogias diversas do que seria considerado realmente o âmbito familiar, na nova lei de violência Doméstica 11.340/06 (Maria da Penha), especifica e define em seus artigos que seria o tão falado âmbito familiar ou doméstico, onde a mulher seria com a nova lei protegida dos costumes agressivos que possui a nossa sociedade. Tais costumes destroem gradativamente a concepção de vida familiar.

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

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

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; (BRASIL, 2006).

Como se pode observar pelo tipo penal, a abrangência de violência doméstica não é apenas do âmbito familiar, mas também está ligada à lei de violência doméstica todo o local onde a mulher possa ter uma afinidade maior para com outros entes, que não pertençam ao seu âmbito familiar. Assim sendo, não precisa que no caso em questão a agredida tenha algum vínculo de parentesco, basta apenas que este pertença ao grupo no qual faça parte de seu cotidiano, que tenha um laço afetivo e íntimo com a ofendida.

Conforme menciona Nucci, quando define convivência, temos: “Se utilizarmos o sentido da palavra convivência para estipularmos trata-se de uma vivência em comum com outrem, possuindo intimidade”(NUCCI, 2007, p. 586).

Porém, a forma mais comum de violência encontrada dentro do âmbito familiar ou doméstico, seria a violência gerada através de ameaças. É praticada com

intuito de ofender o íntimo da vítima, abalando o seu emocional, dando-lhe insegurança. Neste aspecto define Nucci:

Ameaçar significa procurar intimidar alguém, anulando-lhe um mau futuro, ainda que próximo por si só, o verbo já nos fornece uma clara noção do que vem a ser o crime, embora haja o comportamento, que se torna particularmente importante, visto não ser qualquer tipo de ameaça relevante para o direito penal, mas apenas a que lida com um mal injusto e grave. (NUCCI, 2007, p. 632).

A manifestação desta forma de violência torna-se comum no cotidiano doméstico, pois esta antecede, na maioria dos casos, um acontecimento trágico, concretizando assim a ameaça, e normalmente nos casos, mais graves a ameaça se encontra absorvida dentro da conduta do agressor.

A lei 11.340/06 abrange a manifestação denominada ameaça, ou seja, aquele tipo de violência que se esconde dentro da vergonha e preconceito, é o tipo de violência que demora a se esquecer, pois fica guardado dentro do íntimo da pessoa ofendida. Seria esta a violência Psicológica, que é difícil de ser analisada, já que se distingue de indivíduo para indivíduo, pois o que parece ser grave para um, para o outro não seria tão grave.

De maneira geral, a violência psicológica está sempre presente na violência física e sexual contra a mulher, principalmente na violência doméstica ou intrafamiliar, quando o agressor é um membro da família. Neste contexto o agressor vai minando a auto-estima da mulher, anulando ou desclassificando suas emoções, desvalorizando suas realizações e ridicularizando-a em casa ou na rua. [...] Entretanto, no que se refere à violência psicológica, não só a responsabilização penal é possível. Os danos e lesões causados à integridade psíquica e moral da mulher podem acarretar responsabilização civil e conseqüentemente uma ação de indenização por danos materiais e morais que busque reparar o mal causado. Nesse caso o agressor pode ser condenado a pagar o tratamento médico, remédios, terapia, internações etc., bem como ser condenado a reparar o dano moral. Uma lesão é um dano, portanto uma lesão psicológica é um dano emocional, que não deixa marcas visíveis por fora, mas se sente por dentro. A violência psicológica não pode ser ignorada (MELO, 2008).

Seguida da violência Psicológica podemos encontrar a violência sexual, onde quase sempre toda manifestação de violência sexual acaba ocasionando em violência psicológica, ou também física. Já que esta mexe com o íntimo da ofendida, violentando assim não só o seu corpo mas também a sua privacidade, a sua liberdade sexual, suas vontades. Prevalece assim a vontade da outra pessoa que é mantida, sendo ela, física, coercitiva, econômica, moral etc.

Os legisladores encontraram neste ponto um assunto difícil de ser abrangido pela lei, pois, como já dito, cada caso é um caso, além de se entender que o íntimo ofendido de cada um é relativo, varia de pessoa a pessoa, e além do mais o fator fundamental neste ponto é a sociedade que, através dos tempos, moldou a mulher a ser submissa ao homem e ceder a suas vontades.

O fato de se importar mais com as aparências, que irão repercutir diante da sociedade, coloca assim uma falsa imagem de que tudo está em perfeita harmonia, quando não está. Deixa assim seus sentimentos serem suprimidos por um juízo construído de aparências perante a sociedade, e até de uma ilusão de que tudo isto que está acontecendo é passageiro.

A construção da imagem feminina a partir da natureza e das suas leis implicaria em qualificar a mulher como naturalmente frágil, bonita, sedutora, submissa, doce etc. aquelas que revelassem atributos opostos seriam consideradas seres antinaturais. Entretanto, muitas qualidades negativas – como a perfídia e a amoralidade – eram também entendidos como atributos naturais da mulher, o que conduzia a uma visão profundamente ambígua do ser feminino (PRIORE, 2007, p. 332 *apud*, FRANCA, 1983, p. 13).

Considera-se violência sexual também o fato de o agressor forçar a vítima a praticar atos sexuais com terceiro, ou seja, toda forma de suprimir a liberdade sexual da mulher por intermédio de violência física, coercitiva ou psicológica. Não se entende mais que exigir da esposa ou companheira, que esta satisfaça a libido sexual do marido, o que anteriormente entendia ser uma manifestação de exigência de um direito gerado pelo casamento.

Como já dito anteriormente, homens e mulheres têm os mesmos direitos e deveres, dividindo assim as responsabilidades de uma vida conjunta. Encontramos em muitos casos de violência doméstica, discussões geradas no convívio familiar, e normalmente decorridas da vida sexual do casal. O legislador abrangeu na lei formas de minimizar esses conflitos gerados no cotidiano, entretanto, a forma com que o homem trata sua esposa ainda é, em muitos casos, baseada nos velhos costumes, em velhos hábitos. Não compreende que a esposa é na verdade uma companheira e não apenas um acessório, gerado pelo laço matrimonial.

Deve-se incluir o marido, uma vez que a esposa não é objeto sexual, possuindo iguais direitos no contexto da sociedade conjugal, como lhe assegura a Constituição Federal de 1988 (art. 226, parágrafo 5º). Não é crível que no atual estágio da sociedade, inexistindo naturalmente no relacionamento sexual de um casal, tenha o homem o direito de subjugar a mulher à conjunção canal, com o emprego de violência ou grave ameaça, somente porque o direito civil assegura a ambos o débito conjugal. Tal situação não cria o direito de estuprar a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento. Os direitos à incolumidade física e à liberdade sexual estão muito acima do simples desejo que um cônjuge possa ter em relação ao outro, pois, acima da sua condição de parte de ser humano, que possui, por natural consequência, direito inviolável à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança. (NUCCI, 2007, p. 819).

Na maioria, as mulheres agredidas neste aspecto ficam inertes, com medo do agressor, e com medo da sociedade em classificar a ofendida com termos pejorativos, agravando assim mais o seu estado de espírito, dificultando o convívio familiar atingindo não somente a ela, mas também seus filhos ou parentes mais próximos, que muitas vezes vêm as agressões e não se manifestam, ou, se o

fazem, encontram na omissão da pessoa agredida em não tomar uma atitude uma forma de aceitar a prática desta violência. É difícil defender um direito de alguém que não demonstra interesse em se beneficiar dele.

Entretanto se a mulher procura denunciar as atitudes de seu chamado agressor, encontra-se aí uma grande dificuldade o que a lei dificilmente conseguirá sanar ou ao menos atingir. Neste aspecto o legislador encontrou um grande e notório problema: mesmo que a mulher agredida consiga delatar seu carrasco, e este pague pelos crimes até então praticados contra a ofendida, ainda assim as marcas da violência estarão presentes no seu íntimo, nas suas lembranças, no seu corpo. Tornam-se feridas que deixam cicatrizes profundas que continuam doendo por muito tempo.

Encontra-se na violência doméstica não somente um aspecto de violência, física ou psíquica, e sim um amalgama destas, quando o agressor não machuca apenas o corpo da vítima, porém, trai a sua confiança, comumente deixando seqüelas psíquicas, quando não físicas também, que a ofendida carregará instintivamente para os posteriores relacionamentos afetivos.

Assim já mencionou o Professor Mirabete: “Existe o crime ainda quando haja consentimento da vítima, pois a integridade fisiopsíquica constitui bem indisponível”(MIRABETE, 2005, p. 104 *apud* FARIA. 1959, p. 75-82).

A lei 11.340/06 cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Seria simples se não fosse a presença de fatores e valores afetivos, morais, econômicos, sociais etc.

Ao analisar o conceito de violência doméstica e suas repercussões, tanto interna como externa, no âmbito familiar e doméstico, além do fato de ser complexa a sua aplicação, o legislador tentou ao máximo abranger todo tipo de manifestação ofensiva contra a mulher, a qual ocasionasse algum tipo de ofensa à integridade física, psíquica, moral, sexual, bem como a privação da liberdade de expressão, locomoção e econômica.

Entretanto um aspecto muito relevante neste caso demorará a surtir efeito e atingir os aspectos sociais, os valores morais, os costumes atribuídos, a submissão feminina gerada na sociedade ao longo dos anos, a insegurança e o pior deles: o medo. Todos estes são obstáculos a serem vencidos gradativamente.

Para que o novo aconteça, é preciso que as mudanças cheguem até a consciência, para conservá-las e promover a reprodução através da generalização social. É nesse processo que a linguagem cumpre sua função: fixar na consciência as aquisições, conservando-as e superando-as a partir do desenvolvimento de novas perguntas e novas respostas (MAGALHÃES, 2005, p. 27).

Em suma a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher veio para fornecer às ofendidas, um respaldo jurídico aos seus anseios, e punir exemplarmente quem as transgride, além da possibilidade de utilização das chamadas medidas protetivas de urgência, cabendo apenas as ofendidas superar os padrões sociais conservadores e seus medos, colocando acima de tudo o seu bem-estar.

2.2 Comentários Sobre a Lei “Maria da Penha”

Para se entender melhor o que o legislador quis atingir ao propor esta nova lei de defesa à violência praticada contra a mulher, faremos um breve comparativo do antes e do depois, confrontando-se o com a lei 9099/95 e os principais dispositivos controvertidos.

Antes o agressor sofria as penas descritas na lei de menor potencial ofensivo, lei 9099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais; agora irá responder o agressor pela lei 11.340/06, que em suma inibe a ação do agressor por puni-lo de forma mais pesada, bem como a proibição de pagamento pecuniário, e ainda, impedindo-o de continuar a praticar tais agressões através de ordens judiciais, mais conhecidas como medidas protetivas.

Antes, aplicava-se a lei 9099/95, ao se tratar de crimes que envolviam violência doméstica e familiar contra a mulher, por não haver lei específica que a tipificasse. Agora, com a entrada em vigor da lei 11.340/06, específica, tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006)

A base fundamental de sua criação, tem o respaldo Constitucional de assistência à família, disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal.

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

[...]

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Pelos dispositivos utilizados nos Juizados Especiais Criminais, não se estabelecem as formas de conduta que enquadrariam o aspecto de violência doméstica, sendo como principal a determinação de sua aplicabilidade, de uma forma genérica.

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. (BRASIL, 1995).

Faz também referências a relacionamentos homossexuais, fato chocante para muitos estudiosos e aplicadores das normas. Contudo, estas não estão previstas na Constituição Federal, apesar de ser um entendimento crescente a união estável entre homossexuais ser garantida por lei.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006).

Sobre o entendimento de corrente contrária ao exposto no artigo anterior, diz-se desta uma errônea aplicação tanto para o ordenamento jurídico quanto para o convívio familiar ou doméstico.

A própria Lei traz implícita admissão de que a *relação de gênero* não tem alicerce, porquanto, de forma elogiável, reconheceu absurda a discriminação por orientação sexual, consoante dispõe o parágrafo único do art. 5º. Mas, se por um lado permitiu a aplicação das medidas que prevê em caso de união entre mulheres, excluiu de qualquer proteção os homens, que também são livres para a união com pessoa do mesmo sexo (COSTA, 2006).

Por outro lado, quando da criação da lei específica contra violência doméstica e familiar contra a mulher, estabeleceu as formas de violência doméstica contra a mulher como sendo, física, sexual, patrimonial e moral, como foi explicado anteriormente.

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 (BRASIL, 2006).

Avaliam-se também as atribuições da autoridade policial, que estão expostos nos incisos I a IV desta Lei, que têm como objetivo a proteção eficaz contra a violência sofrida

pela mulher no âmbito doméstico ou familiar. Porém, ocorre uma certa distinção entre o modelo de lei e sua aplicabilidade, distanciando-se assim do plano real.

Podemos analisar esta distinta diferença quando nos deparamos com a falta de infraestrutura que o Estado disponibiliza aos seus agentes policiais. Uma das atribuições que a autoridade policial deveria abranger é a efetiva proteção da mulher vítima de violência doméstica ou familiar juntamente com seus dependentes.

Outro problema vinculado à infra-estrutura seria a disposição de abrigo ou local seguro, bem como a disponibilidade de transporte à ofendida.

Deve a autoridade policial, quando necessário – e muitas vezes tal situação se dá – garantir proteção policial à mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Ora, sabe-se que mesmo a lei de proteção às vítimas testemunhas (Lei 9.807/99) vem sendo, eficientemente, aplicada, por falta de estrutura do Estado em sustentar os programas de proteção. Portanto, como se pretende garantir à mulher vítima de violência uma proteção policial eficiente, pessoal, direta e contínua? Não há agentes policiais suficientes nem mesmo para o patrulhamento de ruas, para a escolta de presos, para a proteção de prédios públicos ou de autoridades ameaçadas. Enfim, a tendência é nada ser feito nessa área, descumprindo-se o dispositivo (NUCCI, 2007, p. 870).

Porém a atribuições em que a autoridade Policial já vinha designando seu efetivo, e com isso a infra-estrutura do Estado, com intuito de amparar a ofendida. O que de praxe vem sendo feito é o encaminhamento da ofendida ao hospital, bem como ao atendimento do exame de corpo de delito, e também acompanhar a ofendida até sua residência para pegar seus pertences pessoais e documentos. São atribuições que já vinham sendo feitas independentemente da entrada em vigor da lei referida.

Quanto ao procedimento policial, deverá ser feito por inquérito policial, como determinado o art. 12 da referida lei: não se utiliza mais o termo circunstanciado, utilizando-se de boletim de ocorrência. Nos incisos de tal artigo faz-se uma repetição do procedimento descrito no código de Processo Penal, com a exceção do inciso III, que dispõe sobre o prazo quanto ao requerimento de medidas protetivas, encaminhado ao juiz.

Outro dispositivo bastante controvertido é a criação dos Juizados de Violência e Familiar contra a Mulher, que trata de um órgão da Justiça Ordinária, com competência para avaliar a matéria civil e criminal nos conflitos envolvendo agressões doméstica e familiar contra a mulher.

Evitando-se a dissociação da Justiça, obrigando-se a mulher agredida a percorrer tanto o juízo criminal como o juízo cível, para resolver, definitivamente, seu problema com o agressor, unem-se as competências e

um só magistrado está apto a tanto. No mesmo processo, torna-se viável punir o agressor, na órbita criminal, tomando-se medidas de natureza civil, como a separação judicial (NUCCI, 2007, p. (873).

Um dispositivo bem utilizado, e que atingiu seu objetivo, ao se tratar de ações públicas condicionadas à representação, foi a renúncia à representação pela ofendida na própria delegacia de policia, fato corriqueiro que incomodava e tomava tempo da autoridade policial, bem como de sua equipe. Procedia-se assim, a renúncia, somente na presença do juiz, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Nos ensinamentos de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, sobre o dispositivo do artigo 16 encontra-se o seguinte:

Sabendo que a renúncia significa abdicação do exercício de um direito, clara está a impropriedade terminológica utilizada pelo legislador, quando, na realidade, pretendeu se referir à retratação de representação, ato da vítima (ou de seu representante legal) reconsiderando o pedido-autorizado antes externado (afinal não se renuncia a direito já exercido!) (CUNHA, 2008, p. 109).

Há também comentários sobre a efetividade, e objetivos da citação do referido artigo, nas palavras de Nucci:

O art 16 da Lei 11.340/2006 procura dificultar essa retratação, determinando que somente será aceita se for realizada em audiência especialmente designada pelo juiz, para essa finalidade, com prévia oitiva do Ministério Público. [...] O encaminhamento do pedido de desistência pode ser feito pela autoridade policial, que, provavelmente, será procurada pela mulher-vítima, podendo esta comparecer diretamente ao fórum, solicitando que seja designada data para tanto. Portanto, o que se pretende, em verdade, é atingir um maior grau de solenidade e formalidade para o ato, portanto, busca-se alcançar maior grau de conscientização da retratação da mulher, que afastará a punição do agressor (NUCCI, 2007, p. 874).

Devemos agora antes de analisar o disposto no artigo 17, voltar ao artigo 41, que está diretamente relacionado. O artigo 41 determina a não-aplicação da lei dos Juizados Especiais Criminais (9.099/95) em crimes relacionados a violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a [Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995](#) (BRASIL, 2006).

Alguns entendem que a inaplicabilidade dos Juizados Especiais Criminais, nos crimes de violência doméstica, afronta o preceito constitucional do artigo 98, I, da Constituição Federal e com isso acarreta uma afronta ao princípio da isonomia.

[...] se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitável não ser possível exclusão desta competência em razão do sujeito passivo atingido (mulher) e pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar [...] Descarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional (CUNHA, 2008, p. 212 *apud* MOREIRA, 2007, p.82).

Contudo, outro entendimento se sustenta no fato, de ser vaga a determinação legal do que venha a ser o crime de menor potencial ofensivo. Sendo, a definição deste muito genérica, pois se utiliza para sua determinação apenas a potencialidade da pena máxima, excluindo assim o tipo penal.

A Constituição criou, de forma genérica, juizados especiais para julgamento de causas cíveis e criminais, de menor potencial complexidade e potencial ofensivo. A definição, contudo, do que vem a ser uma *infração de menor potencial ofensivo*, é algo que cabe ao legislador infraconstitucional indicar. E, de fato, o fez. Inicialmente por meio da Lei 9.099/1995 e, posteriormente, com a Lei 11.313/2006, que ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo (CUNHA, 2008, p. 212).

Conseqüentemente, a não-aplicação da lei dos Juizados Especiais Criminais, nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, faz com que o réu não utilize os benefícios que esta lei proporciona, tais como: a transação penal, ou penas restritivas de direito, sendo elas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de final de semana.

Como se não bastasse a transparente idéia do legislador, de não utilizar a lei 9099/95, como determinado no artigo 41 da lei 11.340/06, esta por sua vez salienta que não se deve aplicar a pena de pagamento de cestas básicas, fazendo assim uma previsão de pena que não está disposta no artigo 43 do Código Penal. Assim sendo, impõe restrição à individualização da pena em seu artigo 17.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - (VETADO)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana (BRASIL, 1941)

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (BRASIL, 2006)

Sobre o referido artigo 17, e sua determinação de não se atribuir à pena de pagamento de cestas básicas, faz-se referência a Costa, quando diz:

A norma penal proibitiva exige a conjugação do preceito primário com o preceito secundário. Ocorre que a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, desobedece o caráter geral da norma penal e isso em razão do que dispõe o seu art. 17. [...] a disposição do art 17, obedecida a regra explicativa do art 5º, impõe a restrição à individualização da pena apenas para os fatos em que for a mulher sujeito passivo. Tamanha é a sanha legislativa, que proibiu “pena” que a lei brasileira não admite: cesta básica (COSTA, 2008).

Outro aspecto de vital relevância, quando se analisa a lei 11.340/06, é a aplicação das chamadas medidas protetivas de urgência. Estas têm por finalidade restringir direitos, delimitar espaço físico entre o agressor e a vítima e seus filhos, bem como testemunhas, restrição de comunicação, entre outros.

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.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no [caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#), o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos [§§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 \(BRASIL, 2006\)](#).

Assim sendo, a lei prevê medidas inéditas no nosso ordenamento jurídico, lembrando muito os procedimentos utilizados no sistema Norte-Americano. Alguns acreditam que essas medidas poderiam estender sua utilização ao processo penal comum, não fazendo distinção se a vítima fosse ou não mulher.

Como já dito anteriormente, a Lei busca mesclar em suas determinações tanto a esfera criminal quanto a esfera civil; observa-se muito esta utilização nas medidas protetivas, pois estão repletas de limitações e restrições para com o ofendido, e sua transgressão contumaz resultaria em desacato à ordem judicial.

Em suma, são sugestões meramente exemplificativas, já que as possibilidades são inúmeras, dependendo do caso concreto. Exigem do julgador, no entanto, certa dose de cautela, sob pena de inibir qualquer espécie de deambulação do agressor, impedindo-o mesmo de se movimentar livremente e podendo configurar verdadeiro constrangimento ilegal. O certo é que, passando mais de ano de entrada em vigor da lei, essa medida tem se revelado das mais eficazes e é, invariavelmente, solicitada pelas vítimas, dentre as diversas colocadas à sua disposição. Além disso, a maioria das prisões preventivas decretadas dizem respeito ao não cumprimento, pelo agressor, da ordem judicial que impede sua aproximação da ofendida. (CUNHA, 2008, p. 140).

Tais medidas poderão ser concedidas de ofício pelo juiz, bem como por requerimento do Ministério Público, sendo que analogicamente se dá de ofício pelo juiz, pois não se menciona na lei a possibilidade desta atuação, porém como o juiz poderá de ofício decretar a prisão preventiva do agressor, pelo argumento de quem pode o mais, pode o menos.

Como mencionado, outro dispositivo previsto na Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher é a decretação da prisão preventiva do agressor. Deve-se analisar a conduta criminal praticada por este, pois, de acordo com esta conduta poderia o agressor passar mais tempo detido do que sua pena futura, como explica Nucci:

Estaria configurada uma violência abominável contra o réu, que ficaria cautelarmente detido por mais tempo do que a pena futura a ser aplicada. Por tal motivo, o juiz deve ponderar, como faz em processos criminais comuns, se a prisão preventiva é, realmente, necessária e compatível com o crime cometido em tese (NUCCI, 2007, p. 876).

Grande equívoco cometeu o legislador ao elaborar o artigo 21 da referida lei, quando neste faz referência divergente ao significado da palavra notificação.

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

Parágrafo único. A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor (BRASIL, 2006).

Observe-se que as duas correntes divergentes sobre a referida lei concluem que a palavra certa a ser aplicada no texto normativo é “intimação”, pelo seguinte argumento:

O termo notificação é equivocado. O correto é intimação, pois dá-se ciência à ofendida de que o agressor foi preso ou que saiu do cárcere. A medida não deixa de ser positiva, afinal, quem se sente perseguida deve ter noção de onde anda o agressor (NUCCI, 2007, p. 878).

Nos ensinamentos de Tourinho Filho encontramos a definição de notificação e podemos entender que realmente houve equívoco do legislador. “[...] notificação é a cientificação que se faz a alguém de despacho ou de decisão que ordena fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob certa cominação” (TAURINHO FILHO, 2005, p. 823)

Também se encontra equívoco no parágrafo único, pois prevê uma atribuição de que em regra pertence ao Estado, porém a prática levou aos funcionários estatais a induzir a ofendida, para que esta entregasse a intimação ao seu agressor.

A entrega de qualquer comunicação policial ou judicial é, no Brasil, ato estatal, como regra. Logo, essa hipótese nem precisaria constar em lei, não fosse o mau hábito de se buscar auxílio da ofendida para cumprir papel que não deveria, em hipótese alguma, ser seu (NUCCI, 2007, p. 878).

Por fim, chegamos ao tão discutido artigo 41, anteriormente mencionado, que frisa a inaplicabilidade dos Juizados Especiais Criminais, lei 9099/95, nos crimes de violência doméstica praticados contra a mulher dando o entendimento de ser inconstitucional tal dispositivo.

O principal fundamento de que se sustenta a opinião das correntes, é determinação de os crimes cometidos contra a mulher fazerem parte do rol de crimes de menor potencial ofensivo, aplicando-se assim o Juizado Especial Criminal.

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; (BRASIL, 1988)

Para suprir a divergente atribuição do que venha a ser crime de menor potencial ofensivo a lei 11313/06, altera o dispositivo do artigo 61 da lei 9.099/95, como já mencionado anteriormente.

E como desfecho do entendimento sobre a possível inconstitucionalidade atribuída à lei 11.340/2006, ao não se aplicar a lei 9099/95, conforme determina o artigo 41 da referida lei, concordamos com os ensinamentos a seguir mencionados.

Na realidade, com outras palavras, firmou o entendimento de que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco se importando o *quantum* da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei 9.099/95. embora severa, a disposição do art. 41 em comento, é constitucional. Em primeiro plano, porque o art 98, I, da Constituição Federal, delegou à lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite a transação. Em segundo lugar, pelo fato de se valer do princípio da isonomia e não da igualdade literal, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Em terceiro prisma, esse é o resultado, do nosso ponto de vista, da má utilização pelo Judiciário, ao longo do tempo, de benefício criado pelo legislador. Em outros termos, tantas foram as transações feitas, fixando, como obrigação para os maridos ou companheiros agressores de mulheres no lar, a doação de cestas básicas (pena inexistente na legislação brasileira), que a edição da Lei 11.340/2006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a “pena de cesta básica”, além de outros benefícios (Art. 17 desta Lei), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 (NUCCI, 2007, p. 884).

Encontramos que esta analogia não apenas está restrita aos autores renomados, pois foram feitas manifestações no Congresso Nacional sobre o referido tema.

No final do ano de 2007, o Presidente da República, por meio do Advogado-Geral da União, ajuizou ação declaratória de constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha (ADC 19-3-DF), sob o argumento de que alguns juízes e Tribunais não estão aplicando tais dispositivos da lei, sob o argumento de serem inconstitucionais. Pleiteou, ainda, o deferimento de liminar para que sejam suspensos os efeitos de quaisquer decisões que, direta ou indiretamente, neguem a vigência à lei, reputando-a inconstitucional, até o julgamento final do pedido. (CUNHA, 2008, p. 213 e 214).

Desta forma também se manifestou às conclusões aprovadas no Congresso sobre o tema “Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Um ano de vigência. Avanços e retrocessos, sob o ponto de vista prático, na opinião dos operadores do Direito”, da Corregedoria Geral da Justiça e Tribunal de Justiça, do Estado de São Paulo ao mencionar na conclusão de número 9: “É constitucional o artigo 41 da lei Maria da Penha” (CUNHA, 2008, p. 260 *apud* , DIÁRIO OFICIAL DA CIDADE DE SÃO PAULO, 15 de Janeiro de 2008, fl. 53).

Outros artigos encontrados na Lei 11.340/06, que não foram citados neste, entendem que não fazem parte de matéria controvertida, sendo que o enfoque deste é a apuração das divergências entre os entendimentos.

De forma geral, entende que a Lei inova o nosso ordenamento jurídico, como anteriormente mencionado, coloca também em confronto vários princípios de vital relevância.

CAPITULO 3 - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA RELAÇÃO À ESTRUTURA NORMATIVA DA LEI 11340

3.1 - Definição de Princípio

Antes de analisarmos o princípio da igualdade, sua definição, aplicação, bem como sua correlação para com os outros princípios Constitucionais, devemos entender melhor o que seria por definição um princípio Constitucional. Este se separa em um significado literal e um significado aplicativo.

Para o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva encontramos a seguinte definição de princípio, no sentido literal.

Princípio derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começaram a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em axiomas (SILVA, 1989, p. 433).

Porém, do ponto de vista jurídico, os princípios são os alicerces para a propositura de normas eficazes. Comumente não estão visíveis dentro das normas, ou ao menos escritas nelas, mas são fundamentais para a concretização do Direito, bem como uma forma de proteção dos direitos pré-estabelecidos. Podemos citar:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 1980, p. 230).

O princípio jurídico, além de ser base estrutural na criação de uma norma, também tem função de limitar a sua abrangência e torná-la condizente com a realidade social. Porém, sem ferir o direito de outrem, ou até mesmo ao conjunto de valores normativos.

Neste ponto observamos que sempre haverá um confronto em normas e princípios. Isso ocorre ao analisarmos a eficácia da norma e seus possíveis efeitos que posteriormente se estenderá à sociedade. Defronte de tal pensamento, resta analisar o que ocorre neste confronto entre normas e princípios.

Traçando um parâmetro comparativo, podemos analisar que os referidos princípios jurídicos se distinguem das normas jurídicas pelo seu conteúdo. Enquanto o princípio se atenta específica e diretamente aos valores fundamentais, as regras só se atentarão a estes em momento posterior.

No que tange a aplicação ou incidência de ambas, os princípios se aplicam por intermédio das normas, com a observância de que o fazem sem excluir outros princípios concorrentes e muito menos desconsiderar outros princípios divergentes. No aspecto relativo às normas ou regras, estas incidem de forma direta e exclusiva, e quando elas se encontram em conflito, uma norma tende a anular a outra, eliminando assim as suas conflitantes.

Os princípios distinguem-se das regras não propriamente por generalidade, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios (dada a 'fundamentalidade' dos mesmos), são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (SILVA, 2003).

E em relação às normas ou regras jurídicas define Ávila:

As regras jurídicas, como o afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção, à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas" (ÁVILA, 2006, p. 38).

Segundo a definição de alguns ilustres autores, princípios são alicerces, fontes fundamentais, base, estrutura, que, antes de qualquer coisa, quando anexados ou incorporados a um sistema do tipo jurídico constitucional e positivo, torna-se a reflexão da própria estrutura ideológica deste Estado, bem como representa também os valores consagrados por aquela sociedade.

Em contrapartida, as regras vêm em resposta aos conflitos entre os membros da sociedade, como forma de viabilizar a aplicação destes princípios, quando estes não são textos e muito menos um aglomerado deles, e sim, uma analogia e interpretação sistemática de textos normativos. Daí a definição de que os princípios se constituem no objeto desta interpretação jurídica e a norma nada mais é do que o resultado daquela.

Desta forma correlaciona normas e dispositivos:

O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2006, p. 30).

Um critério de distinção é o de caráter hipotético-condicional, que em suma afirma que as regras possuem uma hipótese e uma consequência, que pré-determinam a decisão. Assim, uma regra é eficaz quando contribui para a tomada de uma decisão. Pode-se utilizar também um outro critério, sendo o princípio do modo final de aplicação das regras, uma vez que estas são aplicadas ao caso de forma integral, ou não são aplicadas.

Ávila menciona ainda a aplicação de um critério denominado relacionamento normativo:

Fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles (ÁVILA, 2006, p. 39).

E, por fim, existe a aplicação do critério baseado na fundamentação dos princípios axiológicos:

Axiologia Jurídica – Teoria dos valores necessários à elaboração do Direito.
Teoria crítica dos conceitos de valor, aplicação ao Direito.
Axioma – proposição cuja verdade é de evidência imediata, que não requer demonstração (GUIMARÃES, 2000, p. 117).

Por tais definições aludidas, concluímos que, embora simples, de que os princípios são a base, fundamentos que se ramificam sobre as diferentes normas. Ao analisarmos as normas, percebemos que estas se distinguem dos princípios, uma vez que, quando interagem entre si, uma tende a anular a outra, havendo em muitos casos conflitos normativos, além do

fato de a norma ou regra jurídica ter o aspecto de proibição, permissão ou obrigação, sendo assim exigida uma conduta.

Evidentemente haverá conflito entre regras, entre princípios e entre ambos, devendo ser examinados pela Ciência do Direito, traçando assim um parâmetro comparativo e aplicativo entre os conflitantes, e sendo assim, uma análise técnica de qual deverá prevalecer sobre o outro, ou qual deverá afastar a abrangência do outro, se completarem os institutos para melhor servir ao fim a que se destina.

3.2 O Princípio da Igualdade na Constituição Federal de 1988

Como já mencionado anteriormente, os princípios são a base de um ordenamento jurídico, e muito mais que isso, alguns deles são diretamente responsáveis pelas reivindicações de uma sociedade fundada no conceito de um Estado Democrático de Direito. Encontramos o princípio da igualdade como um dos norteadores de vários Estados, onde a seus compatriotas oferece um parâmetro igualitário, sem distinção de raça, cor, credo, sexo, estendendo a todos a igualdade perante o Estado.

Em nossa Constituição Federal podemos citar o artigo base desta pesquisa, o artigo 5º, onde diz:

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: (BRASIL, 1988).

Ao analisarmos este artigo, uma vez que menciona explicitamente o princípio da igualdade duas vezes, podemos entender que este princípio deve ser considerado de grande peso ao instituto normativo. Feri-lo não seria somente uma violação normativa, mas também uma violação a um dos preceitos fundamentais da Republica Federativa do Brasil e aos alicerces de um Estado Democrático de Direito.

Para se caracterizar um estudo científico lógico, primeiramente, antes de se estudar as repercussões que a desarmonia gerada na quebra de um princípio de tão grande valor acarretaria em um Sistema Normativo, no próprio Estado, e no individuo pertencente a este sistema, analisamos o fundamento e definição de igualdade e como esta age através do princípio.

É um princípio informador de todos os demais direitos. Tem como principal destinatário o legislador, que fica impedido de criar normas arbitrárias ou

que estabeleçam privilégios. Também é dirigido ao administrador público, que não poderá cometer discriminação ou privilégios; já com relação aos particulares, a dúvida que se põe é a de saber se dito princípio também os atinge diretamente.

A resposta quer-nos parecer positiva. A igualdade no direito moderno, além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se também da condição de um autêntico direito subjetivo. Possui, portanto, o cidadão o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderá diferenciar.

Este princípio exigido no nosso direito segue o modelo ocidental, que procura a igualdade de todos perante a lei. Trata-se de uma igualdade formal, que não pode impedir que ocorram as desigualdades de fato, provenientes da diferença de aptidões de cada um (art 5º da CF).

Igualdade material é aquela que postula um tratamento uniforme de todos os homens perante os bens da vida (art 3º da CF). Ocorre que a igualdade real e efetiva não foi ainda atingida por nenhum Estado, nem mesmo por aqueles países socialistas, cujo objetivo principal era alcançá-la (BASTOS, 1994, p. 161).

A aplicabilidade desta definição pode ser dividida de duas formas, tanto de igualdade ou imparcialidade perante a lei, quanto de reconhecimento do direito de igualdade, que nada mais é a imposição de direitos e benefícios, com o principal objetivo de proporcionar a todos condições materiais de igualdade.

Por esse dispositivo foram constitucionalizadas duas faces do princípio da igualdade. Uma matriz liberal, que chamarei, daqui para frente, de *igualdade como imparcialidade*: e a outra de natureza mais social, que podemos batizar de *igualdade distributiva*. Na linguagem mais tradicional do direito constitucional essas igualdades são chamadas, respectivamente, de igualdade de *iure* e igualdade de *facto* (VIEIRA, 2006, p. 287).

Analisando a distinção entre os dois tipos de igualdade, tanto formal quanto material, encontramos a inaplicabilidade da igualdade material no aspecto social de uma forma bastante perceptível. Existem os chamados grupos discriminados, dentre os quais podemos citar: negros, mulheres, crianças, índios, portadores de deficiência, trabalhadores e idosos, que não possuem a situação de igualdade assegurada pela Constituição Federal.

A busca da aplicabilidade da igualdade, sendo ela formal ou material, é motivada pelo preceito de que existe uma notória desigualdade. De diferentes formas analisamos a busca de uma equiparação nas condições de vida de cada cidadão, procurando nas desigualdades atribuídas pelo sistema social um desafio a ser alcançado.

Nas lições de José Afonso da Silva: “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a equalização das condições desiguais.” (SILVA, 1993, p. 195).

As referidas desigualdades são encontradas nas diversas classes sociais, acima mencionadas, bem como entre homens e mulheres, e também nos grupos sócio-econômicos. Cabe ao legislador a função de aplicar em seus textos normativos formas de minimizar estas desigualdades.

Para um melhor entendimento, não se deve buscar na aplicabilidade do princípio da igualdade, sendo este formal ou material, um padrão de regras. Deve-se levar em conta que esta aplicabilidade não pode ser algo a ser imposto como uma forma de regra de imposição de igualdade absoluta. Deve-se preencher a função de regulador de diferenças, pois, se assim não fosse, estaria contradizendo o princípio da dignidade humana.

A igualdade como imparcialidade, no entanto, não se limita apenas a impor um obstáculo à ação discriminatória daqueles que têm por responsabilidade aplicar a lei. O princípio da igualdade como imparcialidade também se destina ao legislador [...] Num mundo complexo como o nosso, e onde há diferenças entre as pessoas, sejam elas naturais ou socialmente determinadas, obrigar o legislador a tratar todas as pessoas de forma absolutamente igual seria, além de injusto, uma enorme estupidez [...] E a igualdade como imparcialidade não pode ser diferente à injustiça. Daí haver certo consenso no sentido de que não se rompe o princípio da igualdade quando o Direito distingue pessoas e situações, dando tratamento distinto a cada uma delas (VIEIRA, 2006, p. 289-290).

Cabe, não só apenas ao legislador a busca da inserção de normas que busquem uma minimização das desigualdades entre indivíduos e situações, mas também cabe ao jurista aplicar o conteúdo dessa norma, mantidas, obviamente, as devidas proporcionalidades das diferenças entre as pessoas, e levando-se em conta a finalidade desta norma e seus princípios, os quais estão consagrados no Direito Constitucional. Assim, desta forma, se encontra a verdadeira aplicação do princípio introduzido na norma, ou de onde ela se derivou.

Entende-se por tal definição de que a aplicabilidade da igualdade, independente (material ou formal), cabe não só apenas ao legislador criar normas que visem a diminuição das diferenças, mas também é de relativa importância o papel complementar exercido pelo jurista, que se confrontará em seu cotidiano com os resultados decorridos como resposta à nova norma. Por sua vez este jurista, além de analisar cada caso singularmente, deverá guardar as devidas proporções entre as pessoas. Daí, antes de se aplicar a norma, este jurista deverá fazer um trabalho de estudo e compreensão desta, a fim de se adequar ao caso em questão e garantir uma aplicabilidade mais concisa, tendo como alvo fundamental a busca da igualdade de fato.

3.3 Da Igualdade Material

O princípio da igualdade material consiste no tratamento igual e uniforme a todos os membros da sociedade. Outrossim, a igualdade material contida no princípio da igualdade, determina que oportunidades, benefícios, respeito, etc. Deverão ser oferecidos de forma igualitária e abrangente a todos os cidadãos.

Assim sendo, a igualdade material visa primordialmente à busca pela equiparação dos indivíduos de uma sociedade, sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, como já mencionado por Bastos, quando diz que esta busca incide sobre: “Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres” (BASTOS, 1978, p. 225).

Porém, ao verificarmos que a igualdade material é nada mais que a busca de uma equiparação social, por outro lado vemos que a possível concretização desta ideologia está longe de ser alcançada. Visualizando o nosso contexto social, percebemos que a desigualdade existente em nosso país é tamanha, contrariando o princípio constitucional, que deveria ser conferido a todos.

Logicamente existe uma distinta diferença entre a pretensão e a concretização. Na verdade encontramos em nossa Constituição Federal vários textos que estabelecem normas programáticas que visam a nivelar e diminuir as desigualdades reinantes.

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

O artigo 170 e seus incisos tratam da ordem econômica e social, onde encontramos vários aspectos previstos em lei, com uma realidade bastante diversa.

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos

de elaboração e prestação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#))

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995](#))

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Também, ao analisar a disposição que a Constituição Federal faz em relação ao salário mínimo, é notória a distinção entre a lei e a atual situação de muitos brasileiros.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (BRASIL, 1988)

Citamos alguns casos em que o legislador procura em seus textos definir formas de se atingir a igualdade material através do uso da igualdade formal. E assim, quando analisamos os referidos textos normativos e os confrontamos com a realidade, observamos que há uma grande lacuna a ser preenchida, para que tanto a formal quanto a material façam parte de uma mesma realidade.

3.4 Igualdade Formal

A igualdade formal é aquela que mais interessa ao jurista, pois é nela em que ele se fundamenta para aplicar o Direito no caso concreto, sendo assim, nada mais que uma igualdade de todos perante a lei.

[...] o princípio da isonomia é um princípio constitucional geral, deve ser considerado de forma abstrata na medida em que não disciplina nenhuma situação específica, sendo que com base em tal princípio, no seu sentido estrito, 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' (SILVA, 2003 *apud* FILHO, 2003).

A aplicação da igualdade perante a lei deve-se estender também ao legislador e ao administrador. Assim podemos observar nas lições de Pinto:

[...] deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser feita, deve ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classe, deve ser entendida como igualdade diante dos administradores e dos juízes (PINTO FERREIRA, 1983, p. 770).

Ao nos depararmos com a igualdade de fato, vemos que ela está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana. Assim, devemos buscar condições cada vez mais isonômicas entre os homens, diminuindo qualquer atitude discriminatória, visando a um tratamento mais harmônico.

Encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toa e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material. (SILVA, 2003)

Outrossim, esta inter-relação entre a dignidade da pessoa humana e a aplicabilidade da igualdade, tornou mais conciso o papel do jurista. O judiciário se depara com as duas faces, e duas medidas em cada caso distinto, sendo que, para que ocorra a aplicabilidade da igualdade no caso concreto, há que se analisar a igualdade formal e a material.

Como menciona Bastos ao citar Aristóteles: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam” (BASTOS, 1978, p. 229).

Neste sentido, observamos que a igualdade entre os homens não é taxativa, e sim relativa, de acordo com o caso concreto. Assim, a igualdade jurídica entre dois indivíduos deverá ser razoável, e nestes moldes é admitida.

No trato à igualdade entre homens e mulheres, prevê o artigo 5º, I, da Constituição Federal:

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; (BRASIL, 1988)

Esclarece o artigo 226, § 5º, sobre as obrigações atribuídas entre o homem e a mulher diante da família constituída, visando a sua preservação e proteção.

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

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

Porém, podemos observar que o legislador aplica de certa forma um tratamento desigual perante homens e mulheres, em outras situações fáticas sociais.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (BRASIL, 1988)

É notório que encontramos diferenças entre homens e mulheres dentro do mercado de trabalho e também em outras áreas. A idéia fundamental é demonstrar que o legislador se contradiz ao dizer da igualdade sem distinção em certo momento, e noutra prevê claras diferenciações.

Porém, quando se trata do princípio da igualdade no aspecto formal encontramos uma grande dificuldade, pois os princípios constitucionais estão todos inter-relacionados, e em muitos casos abrangem um determinado tema. A análise a seguir passa a demonstrar como a Constituição passa a resolver tal propósito.

De fato, a igualdade formal, entendida como igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei, tem sido insuficiente para que se efetive a igualdade material, isto é, a igualdade de todos os homens perante os bens da vida, tão enfatizada nas chamadas democracias populares, e que, nas Constituições democráticas liberais vem traduzida em normas de caráter programático, como é o caso da Constituição brasileira (CARVALHO, 1997, p. 202).

Portanto, a aplicabilidade da igualdade formal juntamente com a igualdade material, depende de uma ponderação proporcional das desigualdades naturalmente encontradas em cada indivíduo. A fim de se atingir um resultado igualitário de proporções materiais, utiliza-se para tanto, como instrumento, a igualdade formal, contida nas normas. Vale salientar a

importância de se analisar e ponderar cada situação fática, a fim de se atingir um resultado satisfatório.

3.5 Da Aplicabilidade da Igualdade

Passamos a discorrer sobre o caso concreto, e a aplicação do princípio da igualdade, dentro da lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim analisaremos se houve ou não ofensa ao referido princípio, e até que ponto esta ofensa pode prejudicar a parte agressora, bem como ao sistema executivo brasileiro. E ao nosso ver, o mais importante: as aplicações destes benefícios na vida da mulher.

Para identificarmos as desigualdades, sem que, haja o comprometimento do princípio da igualdade, do ponto de vista normativo, encontramos a seguinte lição explicada por Carvalho:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, em concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulta em diferenciação de tratamento jurídico fundado em razão valiosa – ao lume do texto Constitucional – para o bem público; (CARVALHO, 1997, p. 203)

Se analisarmos a lei no sentido formal, deparamos em primeiro plano com a reflexão que o princípio da isonomia estaria sendo lesado, e conseqüentemente o princípio da igualdade, pois as normas devem ser elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos.

Outrossim, acredita-se que ao tratar homens e mulheres de forma diferenciada em alguns casos, estaríamos tornando aplicável o princípio da isonomia, e juntamente com este o da igualdade. Pois existe mais do que ser perfeitamente ideal no plano jurídico, precisa atingir seus objetivos, e muitas vezes de formas entendidas por muitos, divergentes, ou até mesmo, ultrajantes.

Desta forma já se pronunciou o ministro relator Carvalho, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

I – a ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo, efetivo.

II – as acusações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero – deságüem ou não em Leis - buscam efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos de violência doméstica.

III – o tratamento diferenciado que existe – e isto é fato – na Lei 11.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso – a origem é múltipla. (CARVALHO, 2007)

Não é somente o referido relator acima mencionado que pensa da mesma forma, pois, em consulta à jurisprudência, o relator Brito também explica a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher:

A meu ver, aqueles que entendem que a lei em questão fere a isonomia, estão vislumbrando apenas a isonomia formal representada pela disposição constitucional de que as normas devem ser elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos (igualdade perante a lei).

Todavia, a isonomia formal não leva em consideração a existência de grupos ditos minoritários ou hipossuficientes que precisam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade não apenas normativa, mas fundada em ideais de justiça.

Nesta concepção, entendo que delitos como o ora em apuração, de violência doméstica contra a mulher, não podem ser considerados de menor potencial ofensivo, devendo, ao revés, serem tratados com a severidade que o legislador da novel lei idealizou em seus dispositivos, visando estabelecer um maior equilíbrio entre os sexos (BRITO, 2008).

Antes de se concluir este ensaio, gostaríamos de demonstrar com clareza no que se baseou o estudo para a concretização desta lei. Tentamos buscar as origens históricas do problema da violência doméstica e familiar contra a mulher, observando assim de onde surgiu este tratamento diferenciado às mulheres ao longo da história.

Ao se analisar a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher, de um ponto de vista formal, pautando-se pelo princípio da isonomia de que as normas devem ser aplicadas e elaboradas indistintamente a todos o indivíduos, garante assim uma igualdade perante a lei. Assim sendo, chegamos à conclusão de que a lei realmente em alguns pontos pode ser entendida como inconstitucional.

Porém, não entende que a possível inconstitucionalidade formal possa prevalecer às diferenças atribuídas, no caso em questão homem e mulher, ao longo dos anos, e de forma tão

discriminatória que fez com que a mulher atribuísse a si uma imagem de submissão, que foi passada de geração a geração.

Assim, terminamos este capítulo com uma lição de Canotilho, citada por Cunha:

[...] ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. Significa 'igualdade na aplicação do direito'. O princípio da igualdade pressupõe não somente a igualdade formal, mas também a igualdade material [...] (CUNHA, 2008, p. 34, apud, CANOTILHO)

Como simples desfecho, entende-se de certa forma que a igualdade formal deve ser relevante para uma padronização das normas, porém a igualdade material deve ser mantida como objetivo principal de se atender às necessidades dos menos favorecidos.

CONCLUSÃO

A elaboração do presente trabalho de conclusão de curso foi em busca do estudo sobre a aplicabilidade do princípio da Igualdade na Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2006, analisando os critérios de definição de dispositivo, norma, princípio, aplicabilidade normativa e social, bem como seus reflexos dentro e fora do nosso ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu consideravelmente quanto à inserção da mulher como sujeito de direitos e deveres, equiparando os indivíduos pertencentes a esta sociedade de forma a atingir uma harmonização.

Teve este o intuito não apenas de demonstrar a parte estrutural da lei, pois se tratando o Direito enquadrado no ramo das Ciências Humanas, deve-se observar que seus resultados não possuem um padrão esquematizado, ou até mesmo esperado, e sim um padrão divergente e ao mesmo tempo surpreendente.

Nos meus anos de graduação procurei um tema que pudesse envolver esta estrutura do direito, e assim, mesclar o maior numero possível de ingredientes para que no final resultasse não apenas uma resposta e sim em algo a se pensar. Este trabalho, como já dito pelo meu orientador, possui um caráter híbrido, pois envolve as partes social, histórica, jurídica, entre outras.

Como toda norma criada pelo legislador, deve-se analisar seu contexto histórico e social, e também procurar entender o que o legislador quis ao propor referida norma. E como todo critico, analisar friamente de um ponto de vista abrangente, a fim de se retirar o Máximo das possibilidades de aplicação da mesma.

Ao se deparar com o confronto entre o princípio da Igualdade e o princípio da isonomia, ambos resultam na manutenção de direitos fundamentais ao ser humano, porém deve-se levar em consideração o que é mais relevante. Entre termos uma igualdade formal, garantida por lei, como se fosse um resultado de uma equação onde não importa seus fatores, o resultado será sempre o mesmo, a aplicação implacável de uma norma concreta.

Ou, a igualdade material, em que encontramos uma forma mais humana de se entender as dificuldades vividas pelo próximo. E percebemos o real intuito que o legislador quis ao propor a referida norma, para compreendermos por que o Direito se encontra no campo das Ciências Humanas.

Certamente por ser um campo totalmente reflexivo, no Direito encontramos para um mesmo tema várias correntes que tendem a uma determinada forma de aplicar os dispositivos legais.

Tentei neste trabalho, como mencionado anteriormente, demonstrar posições diversas, a fim de proporcionar um entendimento mais abrangente, não focando em uma vertente positiva ou negativa a determinado tema.

Porém devo, ao concluir, apresentar o meu entendimento sobre referido assunto. A aplicabilidade do princípio da igualdade depende intimamente do princípio da isonomia, pois só se atingirá um efeito satisfatório se equipararmos as diferenças entre as partes, no caso homem e mulher.

É notória a diferença entre ambos, pois demonstramos neste os diferentes aspectos que se esperam em determinadas situações entre homens e mulheres: podemos analisar que na lei 11.340/06 a diferença a ser equiparada é a do ponto de vista biológico, onde o homem é mais favorecido fisicamente do que a mulher, prevalecendo-se assim para impor sua vontade.

Acredito que se deveria, na lei, considerar como ofendida apenas a mulher, abrangendo nela a violência doméstica e familiar de forma geral, pois encontramos pouquíssimos casos onde a mulher agride o homem, e assim sendo, estaríamos mais perto de uma igualdade formal sem desestruturar a igualdade material já adquirida.

E, por final, como já analisado em vários dispositivos em nosso ordenamento, cabe ao judiciário delimitar a abrangência da norma a fim de se garantir a sua maior eficácia, e com isso não cometer a possível má utilização, que normalmente se vê, a fim de se conseguir abrir lacunas na norma.

Existindo interpretação análoga ou até extensiva, nos casos em que a lei é omissa ou obscura, há de se velar pela uniformização dos direitos e deveres. Deste modo, estendendo-se aqueles inerentes à violência doméstica e familiar contra a mulher, ressaltando as particularidades, tem-se um tratamento igualitário e sem ofensa ao princípio da igualdade, que representa um dos norteadores do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BRASIL, Código penal (2008). Disponível em >
http://www.planalto.gov.br/cpenal_03/Decreto-Lei/Del2848.htm < Acesso em 02/09/2008.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em >
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm < Acesso em 29/08/2008.

BRASIL, **Lei n. 9099 de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em
>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm acesso dia 03/09/2008 < Acesso em 24/08/2008.

BRASIL, **Lei n. 11.340 de 7 de Agosto de 2006**. Dispõe sobre a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em 01.out.2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conflito De Competência - "Lei Maria Da Penha, nº1.0000.07.451540-4/000(1)/ MG. Relator: Desembargador Vieira de Brito. Belo Horizonte, 08 de janeiro de 2008. Disponível em
>http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=7&txt_processo=451540&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta < Acesso 02/09/2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conflito De Competência - "Lei Maria Da Penha, nº 1.0000.07.457576-2/000/ MG. Relator: Desembargador, Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 05 de dezembro de 2007. Disponível em
>http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=7&txt_processo=457576&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta < Acesso em 02/09/2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), comentada artigo por artigo** / Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 2 ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Maria da Penha. **Sobrevivi... o relato do caso Maria da Penha**. Disponível em >
<http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/belem/docs/Caso%20maria%20da%20penha.pdf> < Acesso em 24/07/2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO, Mônica de. **Violência Psicológica contra a Mulher**. Disponível em >
<http://www.ibap.org/direitosdamulher/monicademelo/mm010.htm> < Acesso em 29/07/2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Especial**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** . 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

PRIORE, Mary Del. **História das Mulheres no Brasil**. 9 ed. São Paulo: Contexto, 2007.

SANTOS, Ângela. **Um Caso Exemplar**. Disponível em >
http://www.mulheresnobre.org.br/pdf/PMB_Cap8_Reportagem.pdf < Acesso em 24/06/2008.

SERRA, José, Ministro da Saúde. **Violência Sexual Contra Mulheres E Adolescentes**. Disponível em:

<http://www.sogesp.com.br/protocolos/manuais/violencia/violencia_sexual_1.htm < Acesso em 30/07/2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões Acerca do Princípio Constitucional da Igualdade**, 2003, apud, FILHO, Willis Santiago Guerra. Sobre Princípios Constitucionais Gerais : Isonomia e Proporcionalidade. in RT n°.719:58/59. Disposto em ><http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>< Acesso em 31/08/2008.

_____. **Digressões Acerca do Princípio Constitucional da Igualdade**, 2003, *apud*, FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. Malheiros: São Paulo. p.56. Disposto em ><http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>< Acesso em 31/08/2008.

_____. **Digressões Acerca do Princípio Constitucional da Igualdade**, 2003, *apud*, SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 89. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143> < Acesso em 31/08/2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.