

LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB AS ÓPTICAS PENAL E CONSTITUCIONAL

MARIA DA PENHA LAW: A CRITICAL ANALYSIS UNDER THE OPTICAL ANDE CONSTITUCIONAL CRIMINAL

Daiton Delatorre

Maurício Gonçalves Saliba

SUMÁRIO: Introdução. 1. Denominação e diploma legal. 2. O princípio da igualdade constitucional. 3. Ofensas ao sexo masculino e sociedades homoafetivas. 4. O princípio da intervenção mínima e o simbolismo penal. 5. Considerações finais.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo demonstrar que a Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha apresenta incoerências dentro do Sistema Penal Brasileiro, sobretudo, por criar distinções em razão do sexo da vítima, enquanto outros dispositivos legais procuraram, recentemente, erradicar essas diferenças, como é o caso dos crimes contra a liberdade sexual. Também impede que o agressor enquanto homem se beneficie da aplicação dos juizados informais, ao passo que a mulher pode se valer dessa benesse, o que fere o princípio constitucional da igualdade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana e que, além disso, ela não observa os postulados constitucionais como a intervenção mínima, tendo sido editada por meros interesses populistas, fruto do que hoje se denomina simbolismo penal.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate that the law number 11.340/2006, called the law Maria da Penha introduce inconsistencies within the Brazilian Penal System, particularly by creating distinctions in sex of the victim, while others sought legal devices, recently, to eradicate these differences, as is the case of crimes against sexual freedom. It also prevents the perpetrator while man to take advantage of application of informal courts, while the woman can take advantage of this gift, which hurts the constitutional principle of equality, proportionality and the dignity of the human person and that, in addition, it does not observe the constitutional postulates as the minimum intervention , having been edited by mere populist interests, the fruit of which today is called criminal symbolism.

PALAVRAS CHAVE: Lei Maria da Penha, constitucional, intervenção mínima, simbolismo penal.

KEYWORDS: Maria da Penha Law, constitutional, minimal intervention, criminal symbolism.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo o estudo da Lei Maria da Penha sob o enfoque do Sistema Jurídico Penal brasileiro, bem como à luz de princípios constitucionais como a da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da intervenção mínima, demonstrando que o Direito Penal apenas se apresenta como instrumento razoável de coerção em casos de extrema e comprovada necessidade da inflição de uma sanção penal – *extrema ratio*.

Dentro de uma nova ótica, mais consentânea com a verdadeira função do Direito Penal, a intervenção mínima, princípio que é, integra o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Sua justificação se apresenta desde a atividade legislativa, quando da elaboração de uma lei e a escolha de determinado bem para sujeitar-se à proteção penal até o afastamento do excesso de tecnicismo diante de um caso concreto.

Demonstra-se também o equívoco em utilizar o Direito Penal como primeira medida a ser tomada, revelando que, não raro, sua aplicação tem caráter nitidamente promocional, sem rigorismo científico, como é o caso da Lei n. 11.340/2006 que traz distinções não justificáveis, tratando desigualmente pessoas que se encontram na mesma situação fática.

Tornar a pena mais severa só pelo simples fato de se tratar ser a vítima uma mulher fere inclusive a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, sobretudo, porque a proteção deve ser extensível a todos os que se encontrem dentro da relação do convívio familiar e que o tratamento não igualitário está longe de atingir as finalidades do Direito Penal.

Ademais, se ressaltará o quanto é reprovável uma prática comum, porém odiosa no mundo jurídico, é dizer, utilizar o Direito Penal como instrumento simbólico, com intuito meramente populista, sem se preocupar com os desacertos e as consequências nefastas que uma legislação feita sob pressão popular ou mesmo da mídia pode causar ao corpo social.

Uma legislação que representa caráter estigmatizante, para ser válida e eficaz no mundo jurídico há de ser estudada à luz da ciência penal, aferindo, previamente, quais serão os benefícios que ela poderá trazer não somente à sociedade, mas também que contribuição dará ao violador da norma.

1 Denominação e diploma legal

A lei conhecida por nós como Maria da Penha recebeu essa denominação em razão das inúmeras agressões sofridas pela farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes. O agente que praticou as ofensas era seu próprio marido.

Dentre as agressões, duas tentativas de homicídio cujos fatos se deram em Fortaleza-CE, no ano de 1983, sendo que em uma delas, a primeira, deixou-a paraplégica. Como esclarece Dias.

Por duas vezes, seu marido, o professor universitário e economista M.A.V., tentou matá-la. Na primeira vez, em 29 de maio de 1993, simulou um assalto fazendo uso de uma espingarda. Como resultado, ela ficou paraplégica. Após alguns dias, pouco mais de uma semana, nova tentativa, buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho.¹

O autor das tentativas sofreu duas condenações, sendo a primeira delas no ano de 1991, quando seu primeiro julgamento foi anulado. Em 1996, foi condenado a dez anos e seis meses, com direito de recorrer em liberdade. Após dezenove anos e meio (2002) da agressão, foi preso, tendo cumprido apenas dois anos de prisão.

Tudo isso gerou uma grande repercussão internacional, condenando, inclusive, o Brasil ao pagamento de indenização em favor da vítima, em razão da delonga no tempo para responsabilizar o agressor. Com essa imensa pressão exercida pela OEA, iniciou-se, em 2002, a elaboração de um projeto que resultou na aprovação e sanção da Lei n. 11.340/2006.

Teve a lei por objetivo a criação de mecanismos que possam, ao mesmo tempo, prevenir e coibir as agressões contra a mulher. Embora cheia de boas intenções, cujo texto legal se fundamenta na família como base da sociedade e, como tal, merecedora de proteção do Estado, serão abordados alguns aspectos constitucionais como adiante se verá.

2. O Princípio constitucional da igualdade

¹ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo. RT, 2007, p. 13.

De uma análise perfunctória do artigo 1º da lei, percebe-se que seu intuito é de proteção exclusiva da mulher. Não procura albergar o diploma legal nem faz qualquer missiva no que tange à pessoa de sexo masculino.

As várias medidas propostas pela lei, sobretudo no âmbito policial, já constam, em sua grande maioria no Código de Processo Penal, e de aplicação sem distinção de classe, raça, etnia ou opção sexual.

Cabe aqui uma verificação sobre o teor da legislação sob comento, à luz do que reza o texto constitucional. Diz o artigo 5º, da Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e o inciso I estabelece: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.²

Disso se extrai que somente o texto constitucional tem legitimidade para, nele mesmo, fazer distinções de tratamento decorrentes de pessoas de sexo opostos, como acontece, por exemplo, com o artigo 201, § 7º, incisos I e II, da Constituição Federal, ao estabelecer idade mínima diferentes para aposentadoria entre homem e mulher, tendo o primeiro que cumprir um maior tempo de serviço e contribuição.

Logo, em que pese a dicção da Lei Maria da Penha, e a despeito dos horrores sofridos pela vítima, já existe uma lei geral a tratar do tema.

Por sua vez, a Constituição Federal ao cuidar da família, da criança, do adolescente e do idoso, estabelece que caberá ao Estado assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos que sejam capazes e suficientes para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º, C.F.).

Observe-se que tanto o artigo 5º quanto este último, em nenhum momento procurou privilegiar qualquer dos sexos, preocupando-se eminentemente com a proteção da família. A Constituição diz claramente que a assistência deve ser dirigida a cada um dos que a compõem.

Vale lembrar que a mulher conquistou inúmeros avanços no cenário social, inclusive, ocupando cargos de grandes responsabilidades. Como exemplo, basta citar que o *munus* de Presidente da República é ocupado por uma mulher. O próprio Supremo Tribunal Federal teve como presidente no biênio 2006-2008 a jurista Hellen Grace Northfleet. Em recente pesquisa apresentada por Migalhas, apurou-se que 37,77 (trinta e sete vírgula setenta e sete por cento) da magistratura na Justiça Federal brasileira são

² Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. Luiz Flávio Gomes, organizador. 12ª ed. São Paulo, RT, 2010.

mulheres sendo: a) TRF 1ª Região, com 6 desembargadoras e 101 juízas; b) TRF 2ª Região, com 6 desembargadoras e 89 juízas; c) TRF 3ª Região, com 17 desembargadoras e 123 juízas; d) TRF 4ª Região, com 4 desembargadoras e 116 juízas e, por fim, e) TRF 5ª Região com 1 desembargadora e 35 juízas³. Nada obstante esses dados, não se vê, *data venia*, motivos suficientes para criação de distinção somente por considerar a possível fragilidade em razão do sexo.

Também vale lembrar que existem inúmeros casos não oficiais de homens que sofrem agressões de suas mulheres, mas que, em razão de viverem em uma sociedade ainda machista, ainda sentem vergonha ou se constringem em reconhecerem ter sido agredido por sua esposa ou companheira.

As formas de violência disciplinadas ali na lei são sofridas por ambos os sexos, não se tratando hoje, de exclusividade da mulher. Ademais, antes de se editar uma lei que faça discriminação em razão do sexo, a teor do que dispõe a Lei n. 11.340/2006, é preciso verificar se o próprio Estado está ou não cumprindo seu papel social e constitucional.

Só a lei não basta. É necessária uma efetiva implementação de políticas públicas que redundem numa melhora real no tratamento não só da mulher, mas de todos, afinal de contas, a nossa República Federativa, que se constitui em Estado Democrático de Direito tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana e não apenas da mulher.

Bem por isso a lição de Silva, onde esclarece que “Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”.⁴

Portanto, só podem ser válidas as discriminações feitas pela própria Constituição Federal. Neste sentido, o *caput* do artigo 5º, do texto constitucional é incisivo ao reza que todos são iguais perante a lei.

É também um dos objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor, idade, origem, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

³ <http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=150765, acessado em 14/03/2011.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed. São Paulo. Malheiros, 1993.

Como se vê, inúmeras são as disposições constitucionais que tem por objetivo promover a igualdade social, sem qualquer tipo de distinção, a não ser aquelas salvas pela própria Constituição.

Até mesmo nas relações de trabalho tratadas pelo texto constitucional (art. 7º, XXX) existe uma preocupação em reduzir ou extirpar a diferenciação de salários ou como critérios de admissão por motivo de idade, estado civil, cor ou sexo.

Ora, não fosse assim, o legislador constituinte não teria cometido o exagero de acrescentar uma cláusula final – nos termos desta Constituição – ao inciso I do artigo 5º.

Pensa-se com isso que houve um vacilo por parte do legislador infraconstitucional que, mais uma vez valendo-se do populismo político, aproveitando-se de um fato grave e embalado pelos movimentos midiáticos, ao invés de cobrar do poder público um conjunto de medidas que assegure um bom emprego, boa escola e saúde à mulher e filhos, e que lhes proporcionarão dignidade humana, optou por uma decisão mais cômoda e politicamente correta: dar uma resposta à sociedade, dizer que ele está atento e preocupado com a violência doméstica, sobretudo, com as mulheres, e que a lei e não as políticas públicas é o caminho mais correto.

A lei existe e pressupõe a atuação do poder público executivo que até agora nada ou muito pouco fez. Nem sequer aparelhou as delegacias para que esta possa tomar as medidas previstas ali na lei.

Como manter, por exemplo, o vínculo trabalhista da mulher por 6 (seis) meses? Quem ressarcirá o empregador dos prejuízos sofridos pela ausência de sua empregada ou contratada?

Ao afastar o agressor do lar, para onde ele deverá ser encaminhado?

Veja-se que a lei civil já estabelece punições para o caso de agressões no interior do lar, concedendo à vítima benefícios de permanência na residência, guarda dos filhos, entre outros.

Tratando da atividade legislativa, Moraes ensina que.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados à pessoas que se encontram em situações idênticas.⁵

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo. Atlas, 1998, p. 57.

Como dito anteriormente, a mulher conquistou espaço no mundo empresarial, político e social, de forma que não se pode falar mais dela como um ente frágil, subserviente, capaz de alhear-se dos problemas, suportando dores e sofrimentos em busca da felicidade a todo custo.

A lei não traz grandes soluções a esse tipo de conflito ocorrido dentro das relações, sejam elas conjugais ou mesmo as decorrentes pela ausência de coabitação.

São medidas de intuito eminentemente paliativo e que, a longo prazo, se demonstrarão totalmente imprestáveis para os fins que a justificaram.

Ademais, há um sério risco de que elas tenham o mesmo destino da Lei 8.072/090 (Lei dos Crimes Hediondos) que, depois de tantas críticas foi considerada inconstitucional em alguns dispositivos.

Veja-se a exemplo disso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4424, que tem como objeto os artigos 12, inciso I, 16 e 41, da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 19, que tem por objeto os artigos 1º, 33 e 41 da mesma Lei. A ADI 4424 foi julgada procedente por maioria de votos pelo Plenário, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a ação penal pode ser iniciada de ofício pelo Ministério Público, sem a necessidade de representação da vítima, além de não competir ao Juizado Especial julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha, sendo que a ADC 19 foi julgada procedente, por unanimidade, pelo Plenário do Tribunal, ambas em 09.02.2012.

Estes aspectos poderão ser melhor analisados ao se abordar o tema sob o enfoque do princípio da intervenção mínima.

3 Ofensas ao sexo masculino e sociedades homoafetivas

Como se vem sustentando, a Lei Maria da Penha, dadas suas inconsistências, padece de constitucionalidade. É que, ao tratar do tema, a lei diz que sua aplicação independe de orientação sexual (artigo 2º e 5º, parágrafo único), bastando que a agressão tenha ocorrido no âmbito da unidade doméstica, com ou sem vínculos familiares, unidos por laços naturais ou por afinidade, e ainda a decorrente de relação íntima de afeto, mesmo que inexista coabitação.

Sem dúvida a lei trata também das relações entre homossexuais. Todavia, para seus efeitos, a relação entre homossexuais há de ser, aparentemente, apenas do sexo feminino, o que, por si só, já demonstra o próprio caráter discriminatório da lei.

Quisesse a lei albergar o núcleo família, procuraria o legislador infraconstitucional tratar das relações homoafetivas entre homens, porquanto aqui, também podem ocorrer as agressões apontadas no diploma legal.

Isso reforça a idéia de que a lei Maria da Penha é carecedora de constitucionalidade por não contemplar pessoas do sexo masculino, como se estes não fizessem parte do seio familiar. Esse é um dos motivos.

Atento a essas discrepâncias trazidas pelo texto legal, um juiz da Comarca de Rio Pardo culminou por conceder medida protetiva a um homem que se dizia vítima de seu companheiro.

Segundo o noticiado pelo Informativo Migalhas.

*O magistrado observou que, embora a lei Maria da Penha tenha como objetivo original a proteção das mulheres contra a violência doméstica, todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o Direito não pode permitir!*⁶

Essa decisão, como se nota, se sustenta na vedação constitucional de qualquer discriminação em relação ao sexo e até mesmo na dignidade da pessoa humana que se constitui em um dos fundamentos da nossa República. Ora, se as relações homoafetivas são um fenômeno social, e se merecem observância e respeito por parte do grupo social, seria mais que legítimo que a proteção fosse uma medida ampla, para alcançar todos indistintamente, realçando os valores familiares e sociais.

Por isso entende-se que a lei não pode estender proteção apenas às mulheres. Se há verdadeiro interesse do Estado em erradicar a marginalização e a discriminação, começaria bem se houvesse eleito como merecedoras de tutela estatal, todas as pessoas, indistintamente, homem ou mulher, velho ou moço.

Para Luiz Flávio Gomes, ao tratar da aplicação analógica da lei Maria da Penha, de forma ampla, ensina que:

⁶ [HTTP://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=127782](http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=127782), acessado em 07/04/2011.

[...] diante de tudo quanto foi exposto, parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.

Tamanho é o estardalhaço causado pela Lei Maria da Penha que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) chegou a afastar por dois anos um juiz de direito em razão de ele ter criticado esta legislação, decisão esta que foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal através de uma medida cautelar deferida no Mandado de Segurança n. MS 30320.

Ora, se o artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 preconiza que *as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual*, demonstra um reconhecimento, ainda que infraconstitucional, da formação da família entre pessoas do mesmo sexo. Deixou de fora, então, os travestis ou transexuais. O argumento para tanto é que a extensão dos direitos protetivos a estas pessoas importaria na aplicação da analogia *in malan parten*, o que estaria vedado em matéria penal.

No entender de Porto.

Mesmo um transexual que, cirurgicamente, logrou modificar sua genitália para assemelhar-se a uma mulher e, com isto, tenha alterado seu registro de nascimento, continua geneticamente a ser um homem e, salvo melhor juízo, equipará-lo a uma mulher importaria em analogia desfavorável ao réu, o que é vedado em Direito Penal em homenagem ao princípio da legalidade estrita.⁷

⁷ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência Doméstica e Familiar contra Mulher. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

Observe-se a celeuma que a lei causou. Do ponto de vista do direito civil, seria louvável uma interpretação ampliativa para que a lei alcançasse, através do reconhecimento da sociedade homoafetiva, tanto o homossexualismo feminino quanto o masculino. Todavia, no campo penal, a interpretação extensiva redundaria certamente na analogia *in malan parten*, o que, certamente, é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Assim, para esta lei, tanto homem quanto mulher pode ser sujeitos ativos dos delitos, enquanto que, somente a mulher pode ser sujeito passivo, é dizer, vítima da agressão. Não é incrível a confusão legislativa?

É que, não obstante a Constituição não reconheça esse tipo de sociedade com núcleo familiar, o Código Civil também não lhe confere esse tratamento, já que somente reconhece como entidade familiar apenas as relações que envolvam pessoas de sexos diferentes.

A despeito dessa ausência de tratamento constitucional e legal, alguns juízes e também os tribunais vêm reconhecendo esse tipo de sociedade, salvaguardando seus direitos sob o pálio do princípio da isonomia.

De qualquer forma, a Lei Maria da Penha apenas reconhece a mulher e a protege, de forma expressa (artigo 5º, parágrafo único), contra a violência doméstica e que no dizer de Souza e Kümpel “Dessa forma, terá a mulher direito a todas as medidas e tutelas presentes na referida lei, inclusive, pode pleitear separação de corpos [...]”.⁸

Mai uma vez observa-se que a lei em comento não tem o condão de combater as agressões perpetradas única e exclusivamente pelos homens. Esta, talvez, tenha sido a ideologia utilizada para ganhar força política e posterior aprovação, porém, de uma leitura um pouco mais atenta, se percebe não ser este o objetivo nuclear, isso porque, ao assegurar proteção em uma sociedade homoafetiva formada por mulheres, claro está que a lei só entrará em ação se uma das conviventes for a agressora, é dizer, a violência doméstica é praticada pela mulher, reforçando o quanto dito alhures, no sentido de que a mulher é também, em grande parte, responsável pelas lesões e até mortes no seio familiar.

Ora, repita-se que, se o escopo da lei é combater a violência dentro do lar, e se, como se pode observar, ela é reconhecidamente praticada também pela mulher, não se

⁸ SOUZA, Luiz Antônio de, KÜMPEL, Vitor Frederico. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei 11.340/2006. 2ª ed. São Paulo, Método, 2008, p. 29-30.

consegue vislumbrar sua necessidade e legitimidade no cenário jurídico, haja vista que já existem disposições legais tanto no âmbito civil quanto criminal que asseguram proteção à vítima tanto quanto repressão para o agressor, ou agressora.

O que poderia ter feito o legislador talvez fosse melhorar as leis já existentes, não fazer novas leis e cada vez mais confusas do ponto de vista científico.

Para reforçar esse entendimento, traz-se à colação um exemplo do Código Penal, que sofreu alteração no ano de 2004, tendo nele sido acrescentados os §§ 9º, 10 e 11, tratando o § 9º de um aumento abstrato da pena quando o agente se prevalece das relações domésticas.

Por sua vez, o § 10, estabelece uma causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) quando as lesões praticadas forem leves, graves ou seguidas de morte e decorrerem das relações acima indicadas.

Aqui, sabiamente e lei não procurou criar distinções, fazendo alusão apenas àquelas agressões ocorridas no núcleo familiar e de relações dela resultantes.

Na verdade, pensa-se com isso que caberia aqui ao Poder Público implementar políticas públicas de âmbito administrativo visando a retirada da vítima e seus dependentes do seio familiar, salvaguardando a integridade corporal até o restabelecimento pacífico da situação, criando o que não existe ou melhorando os mecanismos já existentes.

O artigo 313, do Código de Processo Penal que trata da prisão preventiva se presentes os pressupostos e requisitos, permitia, antes da inclusão do inciso IV, a medida cautelar de restrição da liberdade a qualquer pessoa, desde que houvesse necessidade para garantia da ordem pública ou econômica, para assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal. É claro que deveria o juiz verificar essas circunstâncias à luz da gravidade do delito, por se tratar de medida extrema.

Agora, com a redação do inciso IV, a novel legislação leva a crer que, desde que se trate de violência doméstica, está autorizada a prisão cautelar, ainda que se trate de lesões corporais dolosas leves, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso.

Aqui neste dispositivo surge outra discriminação: só a ofensa praticada contra a mulher autoriza a prisão preventiva. Logo, se o homem sofre agressão que decorra de violência doméstica estaria fora dessa ‘garantia’, o que, a rigor, estaria ferindo o princípio da isonomia.

Fere-se, assim, o princípio da legalidade e da razoabilidade, já que cria discriminações desproporcionais somente em razão do sexo, haja vista estar entre um dos fundamentos da República a erradicação da marginalização e das desigualdades sociais, cujo escopo é promover o bem de todos sem qualquer tipo de preconceito.

Assim, a Constituição estabelece diretrizes para a existência de uma sociedade mais livre, justa e igualitária, cujo bem estar depende da redução das diferenças injustificadas, sempre observando o princípio da dignidade da pessoa humana e da prevalência de seus direitos e isto, pressupõe inexoravelmente a não discriminação, seja em razão da idade, cor, religião, origem e, sobretudo, do sexo, daí porque ser a Lei n. 11.340/2006 atentatória a todos esses objetivos e princípios que irradiam do texto constitucional.

Seguindo esse entendimento, vê-se que o artigo 61, letra 'f', do Código Penal, que trata das circunstâncias agravantes quando a vítima for mulher e a violência contra ela decorra das relações domésticas também cria distinção ao tutelar desigualmente somente a mulher, quando em verdade a proteção deveria ser ampla, alcançando todos que se encontrassem no mesmo núcleo de suporte fático.

Por último, extrapolando todos os princípios que regem o Direito Penal, o legislador criou uma inaceitável vedação relativamente às substituições da pena, vale dizer, vedou a aplicação de penas alternativas ao impedir o magistrado de aplicar a sanção de pagamento de cestas básicas ou outras prestações pecuniárias, bem como a substituição de pena que importe o pagamento isolado de multa (art. 17, da lei).

Veja-se que absurdo. O artigo 21 da Lei das Contravenções Penais prevê o delito de vias de fato quando a violência contra a pessoa não lhe cause lesões corporais. A pena é de 15 dias a 3 meses, ou multa. Em regra, o juiz aplica somente multa porque o fato não possui gravidade.

Entretanto, agora com a Lei Maria da Penha, o magistrado está proibido de individualizar a pena (princípio também constitucional) ficando obrigado a cominar a pena privativa de liberdade, o que se considera inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

E agora? Ao se deparar o juiz com uma situação dessas, poderá interpretar o dispositivo à luz da Constituição e afastá-la por inconstitucionalidade ou, sendo ele mais radical e também invocando os princípios constitucionais, deixar de aplicar qualquer tipo de sanção argumentando que, se a lei proíbe tal substituição e se a pena privativa de

liberdade é desproporcional, não aplica nem a restrição da liberdade nem a pena isolada de multa (vedada pela Lei Maria da Penha).

Assim, somente a título de argumentação, se ocorresse este último caso, estaria sendo produzidos objetivos exatamente contrários aos pretendidos pelo legislador, por conta de sua própria interpretação restritiva.

Veja-se, também, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 201001364603.

PENAL. VIAS DE FATO. AGRESSÃO. ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. É razoável concluir que a violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja aquela de maior gravidade e não simplesmente, como no caso, mera contravenção de vias de fato, chamado por alguns até mesmo de "crime anão" dada a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social. 2. Conclusão, de outra parte, consentânea com o escopo maior da Lei Maria da Penha, que não se destina precipuamente à caracterização dos autores de condutas puníveis no âmbito das relações domésticas, mas que visa, sobretudo, promover a paz no núcleo familiar, em ordem a concretizar os princípios constitucionais atinentes. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença.
(HC 201001364803, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:29/11/2010.).

Corroborando esse pensamento, traz-se à colação mais dois dispositivos legais e que foram revogados pela Lei 12.015/2009 que alterou o artigo 213 e revogou o artigo 214 do Código Penal.

O artigo 213 definia o crime de estupro que era a prática de conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, prevendo que somente a mulher poderia ser vítima desse delito. A pena fixada abstratamente era de 6 a 10 anos de reclusão. Já o atentado violento ao pudor tinha como vítimas tanto o homem quanto a mulher, e consistia na prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, também mediante violência ou grave ameaça, cuja pena era exatamente a mesma do estupro.

Trata-se, portanto, de norma legal editada posteriormente à Lei Maria da Penha e que com a nova redação eliminou qualquer distinção em relação às vítimas, pouco importando agora, se do sexo masculino ou feminino.

O tipo legal ficou mais abrangente, haja vista constar os verbos nucleares consistentes em ter tanto conjunção carnal quanto atos libidinosos diversos dela, vale dizer, se o homem sofre atos libidinosos diversos da conjunção carnal, também pode ser

vítima de estupro, o que antes era juridicamente impossível diante da descrição legal contida no já revogado dispositivo.

Neste mesmo sentido, era o artigo 215, que previa que somente a mulher, e honesta, poderia ser vítima de crime de posse sexual mediante fraude. Doravante, e corrigido o equívoco, tanto o homem quanto a mulher estão protegidos pela lei, assim acontecendo também com o crime de sedução (antigo artigo 217) em que somente a mulher menor de 18 anos e maior de 14 anos podia ser vítima, também corrigido com a edição do artigo 217-A, onde tanto o homem quanto a mulher menores de 14 anos poderão ser vítimas.

Destino análogo tiveram os artigos 219 e 220 do Código Penal que tratavam do rapto violento e o consensual tendo como sujeitos passivos da ação somente as mulheres e que agora se encontram revogados.

Fica claro que a intenção do legislador infraconstitucional foi erradicar quaisquer tipos de discriminação em razão do sexo, dando o mesmo tratamento penal tanto ao homem quanto à mulher, de forma que são injustificadas as distinções trazidas pela Lei Maria da Penha, causando grande celeuma no cenário jurídico penal, daí porque sustentar-se aqui uma das causas de sua inconstitucionalidade.

E não é só. Pela dicção da lei, é vedada expressamente a aplicação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) para os crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher. Observe-se que a lei se utiliza da expressão **crime** (grifei).

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao analisar o *Habeas Corpus* n. 106.212, cuja relatoria é do Ministro Marco Aurélio, assim decidiu:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato.
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

Ocorre que, pelo entendimento esposado, decidiu o STF que melhor seria sacrificar o procedimento mais simplificado previsto na Lei n. 9.099/95, quando se

tratar de causas penais de menor potencial ofensivo – inclusive a transação, em detrimento de um procedimento mais estigmatizante e desgastante, não só para o agressor, mas também para a vítima, quando tais fatos decorrerem de violência contra a mulher que se encontre em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

A fundamentação respalda-se no artigo 226, § 8º, também da Constituição Federal. Veja-se, entretanto, que a redação ali estampada tem por escopo coibir a violência no âmbito das relações familiares e na pessoa de cada um que as integram, e não apenas à mulher. Criou-se, assim, uma grave violação ao princípio da proporcionalidade. Explica-se melhor com o seguinte exemplo.

Imagine-se a prática de violência, no seio da família, em que a vítima, homem, em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade tenha sido agredido por sua mulher. Neste caso, ela gozaria de todos os benefícios que a Lei n. 9.099/95 lhe proporcionaria, fazendo *jus* à transação ou à suspensão condicional do processo, podendo, ainda, obter o direito ao pagamento de cestas básicas ou outra prestação pecuniária, ou substituir a pena, mesmo que implique pagamento isolado de multa, pelo simples fato de a vítima ser um homem e não uma mulher, o que, pela situação inversa, isso não seria possível, sobretudo, agora que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADC 19, que tem como um dos objetos o art. 41 da Lei Maria da Penha e que veda a aplicação da Lei n. 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais.

O mesmo acontece naquelas relações decorrentes de união homoafetiva. Se for entre duas mulheres, a agressora não fará jus à aplicação da Lei 9.099/95, porque a vítima também é mulher e, portanto, enquadra-se no perfil da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. De outro norte, em se tratando de homoafetividade masculina, o agressor fará jus às benesses proporcionadas pela Lei do Juizado Especial Criminal, haja vista que a Lei Maria da Penha visa a proteção apenas da mulher vítima de agressão familiar, e desde que se encontre em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

Mas, se a vítima mulher trabalha e concorre para a manutenção da família ou, se exerce trabalho não remunerado sem se sujeitar-se ao convivente, vale dizer, não é vulnerável, não poderá estar sob o pálio da Lei n. 11.340/2006. Veja-se que, para a Lei, a mulher deve viver numa situação de quase escravidão ou condição análoga, sob pena de não se caracterizar violência doméstica.

A esse respeito, o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação de Conflito de competência assim decidiu.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. AGRESSÕES MÚTUAS ENTRE NAMORADOS SEM CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade. 2. Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação. 2. No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúmes da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG. (CC 200801270287, OG FERNANDES, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:05/02/2009.).

No que tange à proteção da vítima, mormente se a lei protege a mulher em razão do sexo ou do gênero, a doutrina tem se pronunciado no sentido de que o objetivo da norma sob comento é a proteção do gênero e não do sexo. Vale dizer que, a expressão *sexo* se refere às características biológicas tanto do homem quanto da mulher, bem como de seus aparelhos reprodutores, enquanto que *gênero* implica mais no estado psicológico da pessoa, é dizer que, na sua liberdade sexual, houve opção a determinada orientação sexual – masculino ou feminino –, a forma como o indivíduo exerce sua sexualidade, como se apresenta e quer ser reconhecido no meio social em que vive.

Em artigo intitulado Sexualidade & Gênero – Gênero – Identidade de Gênero, consta a seguinte diferenciação.

[...] É a maneira como alguém se sente e se apresenta para si e para as demais pessoas como masculino ou feminino, ou ainda pode ser uma mescla, uma mistura de ambos, independentemente do sexo biológico (fêmea ou macho) ou da orientação sexual (orientação do desejo: homossexual, heterossexual ou bissexual). É a forma como nos reconhecemos a nós mesmos e desejamos que os outros nos reconheçam. Isso inclui a maneira como agimos (jeito de ser), a

maneira como nos vestimos, andamos, falamos (o linguajar que utilizamos) e também, nos vestimos [...].⁹

Isso significa dizer que pouco importa se o sujeito é um transexual, homossexual, bissexual ou mesmo uma lésbica. Para os efeitos da Lei Maria da Penha o que se considera é o gênero, independente do sexo biológico, o que também é incoerente com o texto legal. Aqui reside outro problema decorrente da interpretação fria da lei.

É que o art. 22 estabelece o conjunto de medidas a serem aplicadas de imediato pelo juiz ao constatar a prática de violência doméstica e familiar. Todavia, a tomada dessas medidas pressupõe a existência de informações valiosíssimas e verossímeis, sem as quais, pensa-se, não poderá o magistrado colocá-las em prática. São elas: (a) aferir se a vítima é hipossuficiente ou vulnerável; (b) se a vítima é mulher de espécie ou de gênero.

No primeiro caso, a questão de se provar a hipossuficiência parece ser mais simples. Basta ter em mãos informações que demonstrem que a vítima não exerce atividade laborativa remunerada. Assim, se ela concorrer para a manutenção do lar mediante espécie (dinheiro) ou ela mesma declarar sua independência financeira, é preciso então demonstrar a sua condição de vulnerabilidade, o que demanda uma investigação mais acurada. Sem essas provas, segundo os Tribunais, não pode haver incidência da Lei Maria da Penha.

Quanto à demonstração da qualidade da vítima de mulher enquanto gênero, se se entender que a lei é aplicável também a estes e não somente às mulheres, é preciso muita cautela, sobretudo, quando a pessoa agredida seja um travesti, um homossexual ou um transexual, porque neste momento o que deve prevalecer é o papel que a vítima exerce dentro do ambiente familiar, o que nem sempre pode ficar claramente demonstrado, seja pela contradição das declarações de agressor e agredido, seja pelas testemunhas que não têm acesso a esse tipo de informação da vida íntima do casal.

Por essas razões, entende-se que a expressão *mulher* utilizada pela referida lei soa inconstitucional, devendo haver uma interpretação conforme a Constituição, a fim

de harmonizar os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, de forma a estender a proteção a quem quer que seja, homem ou mulher, seja apenas de sexo ou de gênero. Isso faria com que se acabasse com a celeuma provocada pelo legislador infraconstitucional.

Assim, embora entre a elaboração do projeto de lei (2002) e sua aprovação em 2006, tenha decorrido lapso de quatro anos, deixou-se transparecer não ter ocorrido boa técnica legislativa na sua aprovação.

4 O princípio da intervenção mínima e o simbolismo penal

Apresenta-se hoje um Estado Constitucional e Democrático de Direito revelando princípios de suma importância. Entre eles, a fragmentariedade, a insignificância e a intervenção mínima, que vão dar um novo horizonte para essa ciência tão mal utilizada ultimamente.

Também conhecido como princípio da subsidiariedade, segundo Prado,

(...) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário à sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material do Estado de Direito democrático.¹⁰

A intervenção mínima tem por escopo evitar a inflação legiferante destituída de critérios que possam dar inexorável efetividade ao Direito Penal. Criar leis penais sob momento de comoção social não é recomendável nem aceitável. É preciso que se estude sobre sua viabilidade, analisando anteriormente sua imprescindibilidade frente a outros ramos do direito que se mostraram inefetivos.

Do contrário, teremos o Direito Penal apenas como instrumento simbólico exercendo funções eminentemente negativas na sociedade, sobretudo, por infligir sanções desajustadas com a realidade e distanciando ainda mais o direito da justiça.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo, RT, 2004, p. 140-141.

Como ciência de *ultima ratio*, o Direito Penal deve intervir e atuar somente em relação às aquelas agressões que sejam socialmente intoleráveis, vale dizer, dirigidas contra bens valiosos para o convívio. Ofensas de nenhuma gravidade ou intensidade devem alhear-se desta atuação estatal.

Se é verdade que o autor de determinada conduta só deva responder criminalmente por ela se houver perfeita subsunção do fato à norma, não se pode olvidar também que essa seleção de bens jurídicos, essa escolha pelo legislador do que será ou não definido como crime é dotada de verdadeira e significativa ausência de tecnicidade, ou seja, sem nenhum rigor científico.

Serve como dito anteriormente, apenas satisfazer aos reclames momentâneos da opinião pública, de forma promocional.

Falando sobre o princípio da intervenção mínima e seus dois destinatários, Capez assim entende:

Ao legislador o princípio exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstando-se de incriminar qualquer comportamento. Somente aqueles que, segundo comprovada experiência anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do direito deverão ser catalogados como crimes em modelos descritivos legais.

Ao operador do Direito recomenda-se não proceder ao enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico.¹¹

É nisto, portanto que consiste a intervenção mínima: na exclusiva atuação do Direito Penal somente a partir do instante em que se verificar que os demais ramos do direito não são mais eficazes, com perda de sua capacidade de exercer a tutela desejada. Por se tratar de medida drástica, deve sempre agir em última circunstância (*extrema ratio*). Existindo uma forma menos gravosa para solução do caso, ela terá que ter prevalência, sob pena de voltar ao círculo vicioso da utilização da repressão penal apenas como instrumento simbólico.

Para Rosa,

O direito penal é uma trágica reação do estado às manifestações de desajustes sociais revelados pela criminalidade.

¹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo, Saraiva, 2004, p.20.

A história das penas bem demonstra que a imposição da dor pela ordem social sempre se concretizou formalmente.

Uma coisa é reagir à atitude criminosa em defesa pessoal, com a convivência emocional da mesma. Outra coisa é praticar essa defesa dentro de estruturas formais, depois de acabado o processo investigatório, executando-se pena através de terceiras pessoas, em nome da tutela do equilíbrio da sociedade.

A calculada frieza da conduta estatal na aplicação da pena é que dá o conteúdo aparentemente trágico à situação.¹²

Sob esse prisma, é tranqüilo dizer então que o próprio Estado cria mecanismos ou situações de forma a alarmar a sociedade sobre o aumento da criminalidade a justificar a intervenção penal quando em verdade ele é o próprio fomentador desta sensação de impunidade e falta de controle social.

No dizer de Liszt, ‘O Direito Penal, completando e garantindo, acresce a todos os ramos do direito (caráter secundário, complementar e sancionador das disposições do Direito Penal)’.¹³

Como observamos, se de um lado o princípio da legalidade estabelece limites a que o judiciário pratique arbítrios diversos, do mesmo modo não é suficiente para impedir que o próprio Estado perpetre tais atos despoticamente. Daí a razão deste princípio como mecanismo de freio, limitador da atividade estatal no que tange ao ato de incriminar.

Na lição de Bitencourt,

*O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelam-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.*¹⁴

¹² ROSA, Fábio Bittencourt. Legitimação do Ato de Criminalizar. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 11.

¹³ LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal alemão. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 103.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 11.

É, portanto, equivocado e ilegítimo a utilização do Direito Penal como *prima ratio*, como primeira e única solução para a prevenção e repressão, de nada servindo como forma de controle social de conflitos, sobretudo, se estes não se consubstanciam em um injusto de tal gravidade a revelar se tratar o caso de ser merecedor de uma sanção penal.

Para Prado, a intervenção mínima, enquanto princípio de Direito Penal, é corolário da política criminal, como elemento restritivo do direito de punir do Estado.

[...] o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos por outra forma. Aparece ele como uma orientação de Política Criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito.¹⁵

O positivismo é caracterizado, enquanto teoria jurídica, por excluir do direito, aspectos sociais e políticos. Isso justifica então, o ensinamento de Roxin: “... o Direito Penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. A política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do Direito Penal, encontra-se fora do âmbito jurídico.

Para Greco,

O legislador por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal. [...] O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio* é o responsável não só pela indicação de bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico Penal e Constituição. São Paulo, RT, 2003, p. 68.

retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.¹⁶

Esse ensinamento revela a necessidade de o Direito Penal intervir o quanto menos possível na sociedade moderna, somente podendo ser legítima sua provocação, quando os demais ramos do direito se tornarem efetivamente inoperantes, e mais, que o desvalor da ação e do resultado seja de tal monta que abale a convivência pacífica da sociedade. Do contrário, além de ineficaz, o Direito Penal caminhará para o seu fim e será inequivocamente deslegitimado.

A intervenção penal então deve ser necessária, surgindo como medida de intervenção máxima após verificado que todas as outras medidas de controle social se demonstraram fracassadas. Deve ele, por isso, contrapor-se ao princípio da intervenção máxima, em que o Direito Penal deve intervir para solução de quase tudo.

No dizer de Barros, '[...] após a reforma de 1984, aparece um novo Direito Penal – subsidiário -, atuando somente quando outras medidas de controle social fracassarem, chamado pelo poder estatal apenas de *ultima ratio*'.¹⁷

A aplicação indiscriminada do Direito Penal se aplicado como princípio de intervenção máxima, como comumente ocorre no Brasil, fatalmente irá gerar o efeito inverso porque, com sua vulgarização, tende ela ao descrédito, um desconforto social e a nítida sensação de aumento da insegurança, mormente em razão de sua ineficácia e, pior, principalmente nos casos em que a aplicação fria da lei se torna injusta e temerária. Por isso ele deve ser encarado como uma ciência de aplicação subsidiária.

Ao Direito Penal cabe a preservação das condições essenciais que permita a convivência pacífica para com os cidadãos, e não como medida instigativa, denotando a ausência do Poder do Estado, gerando insegurança com a falsa percepção da real criminalidade. Enfim, o Direito Penal não se coaduna com o sensacionalismo a qualquer custo, como instrumento promocional e causador de comoção social. Ele é uma verdadeira ciência, e como tal deve ser utilizado racionalmente, sem euforias.

Para Gomes, '[...] ele não existe para punir todas as condutas desviadas (condutas que não seguem os padrões de condutas vigentes), e sim somente as mais nocivas, as que mais perturbam o convívio social (princípio da intervenção mínima)'.¹⁸

¹⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro, Impetus, 2004, p. 52

¹⁷ BARROS, Francisco Dirceu. Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro, Impetus, 2003, p. 12

A utilização exacerbada do Direito Penal acaba com isso, por não cumprir sua função enquanto ciência então, exatamente por ser aplicada como instrumento midiático, tendencioso, sensacionalista e incondizente com seu verdadeiro papel na sociedade.

Se o Direito Penal atua fortemente na limitação à liberdade do indivíduo, está mais do que claro a imprescindibilidade de se ponderar quais bens ou interesses deverão inequivocamente ser considerados para fins de seleção e proteção penal.

Neste sentido, D'Ávila tece importantes considerações.

Ora, se toda incriminação resulta de uma forte limitação à liberdade de agir - a tipificação é, se bem a vemos, um processo de ponderação de bens, no qual a liberdade cede em prol da tutela de um outro valor como a vida, no homicídio; o patrimônio, no furto, etc. - , esta limitação, de modo a respeitar a condição de direito constitucional – isto é, de valores que se encontram em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional – e detentores de um tal conteúdo axiológico, que justifique a forte restrição à liberdade ocasionada pela incriminação. Logo, uma restrição que se faz possível somente quando indispensável para a tutela de particulares bens jurídicos, de bens jurídicos providos de uma significativa e suficiente consistência axiológica, enfim, de bens dotados de dignidade jurídico-penal.¹⁹

Eleger, assim, este ou aquele bem jurídico à categoria de proteção penal requer um estudo sobre sua ofensividade social. E esta ofensa não pode ser qualquer. Ela há de ser de tal relevo que torne tanto o desvalor da conduta quanto o desvalor do resultado intoleráveis pelo grupo, retirando a tranqüilidade do convívio, tornando-o insuportável e inaceitável.

Se, depois de todo esse procedimento acautelatório, se obtiver uma resposta que afirme sobre a irrelevância ou tolerância pelos cidadãos, algo que não seja capaz de tirar a paz coletiva, é porque tal ofensa não mereça nenhum tipo de censura penal.

Enquanto perdurar a cultura de que o Direito Penal deva ser utilizado como *prima ratio*, promovendo e divulgando situações as quais mais interessa aos administradores que à sociedade, dando ênfase distorcida sobre o papel verdadeiro e a eficácia do Direito Penal, prevalecerá o *status quo*, ou seja, ‘continuaremos ‘ a pensar

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal, Parte Geral. São Paulo, RT, 2004, p. 14

¹⁹ D'Ávila, Fábio Roberto. Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 14, n. 60, maio-junho 2006., p. 26.

que houve inúmeras tentativas por parte do administrador, para solução desses conflitos e que, se nem o Direito Penal foi capaz de coibir tais condutas, então é porque a situação está posta e não há o que fazer a não ser aguardar que pelo menos uma pena seja infligida ao transgressor da norma.

Baratta bem esclarece que

O fenômeno geral, no qual se insere este desaparecimento gradual da linha de distinção entre função defensiva e função promocional do conceito de bem jurídico, pode ser indicado ‘administrativização’ do Direito Penal. Tal termo nos indica dois fatos que, apesar de complementares, são distintos: em primeiro lugar está o fato de que a maior parte das normas penais-produzidas pelos legisladores em número cada vez maior, juntamente com os códigos e também algumas leis de reformas destes mesmos códigos (pode se tomar como exemplo os novos artigos de lei incorporados ao código alemão), sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo sub-rogoratório. Como destaca Lascoumes, isto significa que a disciplina penal intervém, eventualmente, numa fase mais avançada da interação entre administração e sujeitos privados: quando seu comportamento já não parece regulável através de mecanismos de controles próprios da ação administrativa. Neste caso de acessoriedade administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal, como era sustentado pela teoria clássica de Binding, senão uma função administrativa pública.²⁰

A propagação vil, a qualquer custo, pela mídia, da violência indiscriminada só faz brotar na sociedade sentimentos maléficos e mais primitivos e imagináveis, típico da era da vingança privada. Não é isso que se quer nem se espera de um Direito Penal. Se hoje vivemos em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, é porque a ele chegamos graças à paga de um altíssimo custo (violência gratuita e desproporcional).

A quem opera o direito existe o dever inexorável de contribuir para o alijamento da divulgação do conhecido exibicionismo. O Direito Penal, ciência que lida diretamente com a liberdade e, sobretudo com os direitos fundamentais, não pode servir de palco para o sensacionalismo, responsável pela causação de revolta social. Desta forma, sua mensagem não passa de uma propaganda enganosa da ciência.

Como bem acentuado por Hassemer,

²⁰ BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março 1994, p. 11-12.

Por outro lado, fenômenos superficiais como as exposições de violência na televisão, tidos como responsáveis pelas tendências descritas, são menos as fontes do que já manifestações do mal. Acaso tivéssemos uma outra concepção da violência, estas exposições não encontrariam espaço nos programas e sua eliminação da tela atingiria menos a mensagem que o mensageiro.²¹

Afigura-nos que a Lei Maria da Penha afronta gravemente os postulados gerais de direito, seja criando distinções onde não houve autorização pelo constituinte, seja violando outros princípios como o da mínima intervenção penal.

Fica claro que a intenção do legislador infraconstitucional teve fins eminentemente promocionais, haja vista não serem consentâneas com o atual estágio social em que vivemos.

Tudo isso decorre daquilo que se denomina de simbolismo penal, vale dizer, o ardil empregado pelos meios comunicativos de que a única solução possível é a repressão a qualquer custo, a única e viável para combater a criminalidade, simbolismo este muito presente nos movimentos de Lei e Ordem.

Não estamos aqui questionando a gravidade dos fatos que acometeram a vítima Maria da Penha Maia Fernandes. Ao contrário, trata-se de conduta altamente reprovável. Nossa pretensão é demonstrar que a legislação penal deve ser editada longe dos holofotes e das pressões, seja elas populares ou populistas.

Como ciência ela deve ser estudada à luz da Constituição e seus princípios penais para que se possa ter uma lei séria, efetiva e, sobretudo justa, a ponto de não criar discriminações injustificadas, aptas, portanto a promover a dignidade da pessoa humana.

Por isso, no dizer de Silveira, fazendo uma crítica sobre o simbolismo, afirma que a

[...] abordagem exploratória por parte da mídia, incrementou a valorização do sistema punitivo-repressivo. Alegando seus defensores que a violência e a criminalidade somente podem ser bem combatidas

²¹ HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março 1994, p. 62.

com um recrudescimento da lei penal, forma-se verdadeiro movimento social de falaciosa nomenclatura de ‘Lei e Ordem’.²²

Não é esta, portanto, a solução para os problemas da criminalidade. É contraproducente a construção de novos tipos penais ou mesmo o enrijecimento das penas, porque tudo isso apenas proporcionará uma mera ilusão de que os problemas sociais e, sobretudo, criminais, estarão resolvidos. Ao contrário, não só não resolve como também desvirtua nosso sistema penal, colocando em xeque os princípios e as garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito até então conquistado.

Não se pode admitir, com isso, a existência de normas jurídico-penais motivadas unicamente por questões ideológicas, porque atentam fortemente contra os direitos fundamentais.

Divorciar-se desse entendimento poderá resultar naquilo que conhecemos por leis penais simbólicas, isto é, aquelas leis que não buscam senão a promoção pessoal do legislador, absolutamente desnecessárias e que perseguem fins diversos e contrários ao Direito Penal. São leis inidôneas porque não buscam a proteção de um bem jurídico concreto.

Logo, se ela não protege um determinado bem jurídico, ela revela-se, ilegítima e ineficaz, permitindo uma intervenção excessiva na liberdade do cidadão, revelando-se, inclusive, desproporcional.

Portanto, devemos observar que a existência de um elo entre Direito Penal e Política Criminal representa um enorme avanço para a modernização da nossa ciência, deixando evidenciar que o Direito Penal não pode limitar-se simplesmente à dogmática, necessitando se interessar também por suas conseqüências.

O forte apego a essa dogmática e, sobretudo ao empirismo, torna o conceito de criminalidade um conceito não científico, mas apenas político e, de fato, estamos vendo que quando se aumenta a criminalidade, a postura adotada frente a este aspecto social é sempre orientada por ideais puramente políticos.

Essa postura adotada pelo legislador, e muitas vezes também pelo judiciário é que faz questionar: tal atitude atinge ou não o alvo a que se destina? Na verdade

²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Supra-individual: interesses difusos. São Paulo. RT, 2003, p.169.

pensamos que ela causa uma verdadeira paralisação estatal, em que nada funciona, nem as fiscalizações, nem políticas sociais, nem o legislativo e o judiciário.

Não é outra coisa senão meras reações simbólicas por parte do legislador e que Hassemer adverte:

Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de ‘reação simbólica’ que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma ‘reação puramente simbólica’, que acaba refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social.²³

Tudo não passa de uma política desonesta com toques de reação eminentemente simbólica, mormente porque não podemos olvidar que Direito Penal e Política Criminal possuem um aspecto normativo, vale dizer, o aspecto da justiça, do equilíbrio, da proteção aos atingidos pelo processo.

Outro grande perigo que a ausência de uma adequada e séria Política Criminal causa é a agressão a certos princípios do Direito Penal, princípios esses irrenunciáveis, sob pena de grave risco para esta ciência, dentre eles, o da individualização da pena, que vai delimitar a pena adequada para quem violou a ordem jurídica.

Ora, se o legislador se utiliza de conceitos abstratos e vagos de delitos, se a conduta do agente não causa um dano sério à vítima que a coloque em perigo concreto, se há tratamento desigual para casos idênticos, qualquer reprimenda na seara penal redundaria, inexoravelmente, na ofensa a tal princípio por conta da injustiça da pena. Daí porque necessitarmos apenas do Direito Penal como uma intervenção oportuna, para delitos mais graves.

Pensamos que antes de tudo, se tente aplicar o direito de intervenção, ou seja, que outras áreas do direito como o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Tributário

²³ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março, 1994, p.43.

atuem em toda sua integralidade e, somente ao final, se vislumbrarmos sua ineficiência, é que estudaremos sobre a possibilidade de uma reação penal como *última ratio*.

Todavia, da forma como hoje ele se apresenta, ele se aproxima e muito das tarefas desempenhadas pelo direito civil ou administrativo, de forma que o Direito Penal não pode se resumir simplesmente a uma função puramente simbólica.

Sabemos que Direito Penal é uma ciência barata do ponto de vista político e econômico e que atualmente de nada ou quase nada serve em razão de seus déficits de execução.

O Direito Penal se desenvolveu até certo ponto, tornando-se, posteriormente, anacrônico, improdutivo e isso porque além de não acompanhar o desenvolvimento da sociedade, não vem ultimamente delineando muito bem seus fins perseguidos, suas limitações e conseqüências.

Falta-lhe clareza na sua determinação, ou seja, a exigência de que o legislador penal indique, de forma mais clara e precisa possível quais comportamentos deverão ser passíveis de reprimenda e por quais formas.

E esta falta de determinabilidade traz consigo a possibilidade de violação das liberdades e garantias de um verdadeiro contrato social, hoje sinônimo entre nós de um Estado Democrático de Direito. Daí porque uma incriminação só se legitimará quando se puder aferir de forma mais límpida porque tal conduta estará violando de forma concreta aquele bem jurídico.

O Direito Penal que se apresenta, está sendo utilizado por interesses preventivos, com o aumento dramático das medidas coativas, querendo com isso, justificar seus meios. Não podemos admitir sua aplicação como instrumento pedagógico, no sentido de sensibilizar as pessoas, sem estudar se as medidas propostas são justas ou injustas, eficazes ou não.

Não é tarefa do Direito Penal o simples chamar a atenção da população, permitindo sua aplicação sempre como *prima* e não como *ultima ratio* tal como deveria ser. E, as reformas a serem propostas não são no sentido de ampliação da criminalização ou aumento das penas, mas de retiradas dessas ameaças.

Relembramos que a proposta deste trabalho não é a ampla e irrestrita descriminalização ou total desconsideração á vítima. Importa-nos, isto sim, apurar o que deve ser merecedor de proteção penal e, ao mesmo tempo, dar garantias à vítima de que as conseqüências sofridas por ela serão reparadas.

De qualquer forma, esta incumbência não é tarefa do Direito Penal. Pelo menos, neste trabalho. Basta pensarmos que o recrudescimento das penas, realçando seu caráter de prevenção geral intimidatória, se esquecendo seu papel de reinserção social do condenado, até agora em nada contribuiu para a melhora ou atenuação da criminalidade.

Repita-se, nas relações íntimas – leia-se familiares, quanto menos o Estado intervir melhor será para resolução das desavenças ou contendas, haja vista que o seio familiar pode ser recomposto amigavelmente, vale dizer, poderão ser resolvidos pacificamente. De outro norte, a obrigatoriedade de se instaurar um Processo Penal em face do agressor, sem a vontade expressa manifestada pela vítima, pode induzir ou instigar os envolvidos a iniciar uma nova discussão de uma fato que, até então já poderia estar superado entre o casal.

Basta lembrar, ainda, que os direitos e obrigações inerentes à família estão calcados no direito privado já que as regras que disciplinam a matéria estão contidas no Código Civil, que reservou o Livro IV que trata do casamento, relações de parentesco, direito patrimonial, alimentos, a união estável, enfim, uma gama de normas capazes de harmonizar a vida em comum. Não bastasse, o Código de Processo Civil também possui mecanismos aptos a garantir os direitos concernentes tanto ao homem quanto à mulher, sem discriminação. Dentre eles, podemos destacar a ação de alimentos e a medida cautelar de afastamento de um dos cônjuges do lar.

O próprio artigo 1511 do Código Civil reza que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, norma essa garantida pelo artigo 226, da Constituição Federal que em seu § 5º diz: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”

Pensa-se, portanto, ser equivocada a Lei quando procura dar tratamento diferenciado apenas à mulher, causando grandes celeumas ao se ingressa no tema das sociedades homoafetivas, e grandes injustiças quando veda ao homem fruir da Lei dos Juizados Especiais ao mesmo tempo em que garante à mulher tal benesse caso seja ela a agressora.

Ademais, com a devida *venia*, a continuar a discussão acerca do homossexualismo, sob o enfoque da Lei Maria da Penha, muito ainda se discutirá se a proteção deva inequivocamente se referir à mulher como gênero ou como espécie, pois teremos a possibilidade de, num breve futuro, o Supremo Tribunal Federal enfrentar

uma difícil e árdua tarefa: decidir se mulheres de gênero, mas homens de espécie farão jus à aposentadoria como se mulheres fossem, vale dizer com menor idade e tempo de contribuição, inclusive, tendo que resolver se a norma constitucional que traz as distinções entre homem e mulher para fins de aposentadoria é ou não constitucional.

5 Considerações finais

Como se viu, a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha é, inclusive no âmbito criminal, uma lei de máxima intervenção porque interfere drasticamente no direito de liberdade dos cidadãos.

Editada sob pressão da mídia, da OEA e das ONGS, o legislador penal procurou somente dar uma resposta à sociedade, como se estivesse de fato preocupado com os contornos e destinos traçados pela legislação em comento.

A pressa na satisfação ao corpo social não pode resultar noutra coisa senão em uma lei embutida em si de uma alta carga discriminatória, dando tratamento mais severo quando a vítima do delito seja mulher, pouco importando o sexo do agressor.

Em contrapartida, se a vítima é homem e a ofensa decorre de violência doméstica e familiar, a lei é reticente quanto ao tratamento penal, de forma a aplicar a regra geral do Código Penal. Consequência: há uma enorme desproporção na fixação da pena, com maior recrudescimento se a vítima for mulher ao passo que, sendo homem a vítima, há uma maior complacência no tratamento penal.

De outro lado, se o intuito da lei era o de realçar que a maioria das agressões domésticas e familiares são praticadas por homens, não criaria dispositivos legais reconhecendo a extensão da lei independentemente de orientação sexual, é dizer, se em uma sociedade homoafetiva formada por mulheres, uma delas pratica agressão a outra, aplica-se a Lei Maria da Penha, porém, se a sociedade homoafetiva é constituída por homens, a vítima estará fora da proteção legal, ainda que a agressão tenha decorrido de violência doméstica e familiar.

Ora, se um dos fundamentos da nossa República é a dignidade da pessoa humana, e se temos como objetivos constituir uma sociedade livre, solidária e justa, erradicando as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor ou sexo, soa estranho esta forma de legislar fomentando a discriminação.

Não fosse verdadeira esta assertiva, não procuraria o legislador corrigir os equívocos que constavam no Título VI do Código Penal e que tratava dos crimes contra os costumes, equiparando o homem e a mulher vítima de diversos crimes como estupro, violação sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude (hoje assédio sexual), de sedução (atual estupro de vulnerável) e tantos outros delitos suso comentados.

Afigura-se assim que a Lei Maria da Penha foi arquitetada para silenciar a mídia e esconder a incapacidade de administrar do Estado, omissa na incrementação de políticas públicas, estes sim verdadeiros e eficazes instrumentos aptos a reduzir, senão erradicar em grande parte, as desigualdades sociais, dando mais condições de se promover a dignidade da pessoa humana.

O que se espera é que o aplicador da lei não se acanhe diante do fato concreto, devendo decidir por suas próprias convicções, sopesando sempre acerca da justiça de seu entendimento e procurando não raro fazê-lo de forma a não afrontar a nossa Constituição.

Por fim, vale lembrar que existe um Projeto de Lei da Câmara (PL 16/11) que estabelece que o namoro, ainda que acabado, configura relação íntima de afeto para fins de aplicação da Lei Maria da Penha, o que poderá causar mais confusão no judiciário brasileiro, e isso, por dois motivos já delineados no item 3 deste trabalho, e conforme julgamento, pelo STJ, do Conflito de Competência 200801270287, quais sejam: a) primeiro a questão da submissão ou vulnerabilidade existente entre os ex-namorados; b) a vinculação da relação doméstica, familiar ou afetiva

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março 1994.

BARROS, Francisco Dirceu. Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro. Impetus, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo. Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo. Saraiva, 2004.

Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. Luiz Flávio Gomes, organizador. 12ª ed. São Paulo. RT, 2010.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 14, n. 60, maio-junho 2006.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo. RT, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal, Parte Geral. São Paulo. RT, 2004.

_____. Violência “machista” da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher.

Disponível EM

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615100853992&mode=print. Acesso em 5 dez. 2011.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro. Impetus, 2004.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março, 1994.

_____. Segurança Pública no Estado de Direito. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março 1994.

JUSTIÇA FEDERAL EM SÃO PAULO. *Jurisprudência Unificada*. HC 201001364803. Disponível EM

<<http://www.fj.jus.br>>. Acesso em 24 nov. 2011.

_____. *Jurisprudência Unificada*. CC 200801270287. Disponível EM

<<http://www.fj.jus.br>>. Acesso em 1 dez. 2011.

LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal alemão. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MIGALHAS. Disponível EM

http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=127782. Acesso em 7 abril 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo. Atlas, 1998.

Novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916. Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. Prefácio do Prof. Miguel Reale. 2ª ed. São Paulo. RT, 2002.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência Doméstica e Familiar contra Mulher. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico Penal e Constituição. São Paulo. RT, 2003.

_____. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. RT, 2004.

ROSA, Fábio Bittencout. Legitimação do Ato de Criminalizar. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed. São Paulo. Malheiros, 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. HC 106.212/MS Disponível EM <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 nov. 2011.

_____. Consulta Processual. ADI 4422 e ADC 19. Disponível EM <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 mar. 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Supra-individual: interesses difusos. São Paulo. RT, 2003.

SOUZA, Luiz Antônio de, KÜMPEL, Vitor Frederico. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei 11.340/2006. 2ª ed. São Paulo. Método, 2008.