

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/06/2013

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit-ljb.diritto.it/docs/35131-ensaio-jur-dico-acerca-da-lei-federal-brasileira-n-11-340-2006-lei-maria-da-penha-em-compara-o-com-lei-org-nica-espanhola-n-1-2004>

Autori: Moacir Henrique Júnior, Emerson Gervásio de Almeida, Rogério Gonçalves Lacerda de Gouveia

**Ensaio jurídico acerca da lei federal brasileira nº
11.340/2006 (lei Maria Da Penha) em comparação com lei
orgânica espanhola nº 1/2004.**

ENSAIO JURÍDICO ACERCA DA LEI FEDERAL BRASILEIRA Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) EM COMPARAÇÃO COM LEI ORGÂNICA ESPANHOLA Nº 1/2004.

Moacir Henrique Júnior

Universidade de Barcelona (UB) / Espanha – Mestrando em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal. Email: moacirhenriquejr@gmail.com

Emerson Gervásio de Almeida

Universidade Federal de Uberlândia (UFU) - Mestre e doutorando em Geografia. Email: emersongervasio@yahoo.com.br

Rogério Gonçalves Lacerda de Gouveia

Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), campus de Tangará da Serra – Mestrando em Ambiente e Sistemas de Produção Agrícola. Email: rlgoiano@hotmail.com

Resumo: Propõe-se neste trabalho um estudo comparado dos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol voltados a proteção da mulher no que diz respeito à violência de gênero. De forma que para se alcançar este intento será feito um apanhado os antecedentes históricos que levaram a promulgação da Lei Federal nº 11.340/2006 no Brasil, bem como procurará explicar o motivo da denominação Lei Maria da Penha para a referida legislação, com a apresentação de suas principais inovações no direito. De igual forma, será feito apresentado um estudo acerca dos antecedentes históricos da Lei Orgânica espanhola nº 1/2004, bem como a importância dos movimentos feministas (feminismo) para se alcançar a edição deste marco legal, e ainda a apresentação de suas principais inovações materiais e processuais na Espanha. Por fim será apresentada uma pequena conclusão.

Palavras chaves: Discriminação da mulher; violência de gênero; Direitos fundamentais.

Abstract: Proposes in this paper a comparative study of Brazilian and Spanish legal systems aimed at protecting women regarding gender violence. So, to achieve this intent, it will start by doing an overview from the historical background that led to the enactment of the Federal Law nº. 11.340/2006 in Brazil, as well as It will seek to explain why of the name Maria da Penha Law for the legislation, with the presentation of its main innovations in law. Similarly, will be presented a study about the historical background of the Spanish Organic Law nº. 1/2004, as well as the importance of the feminist movements (feminism) to reach the issue of this legal framework, and also the presentation of its main innovations materials and procedural in Spain. Finally it will present a short conclusion.

Keywords: Discrimination against women; gender-based violence; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A história registra que a mulher ao longo dos tempos sofre a discriminação por gênero, e em alguns casos acaba por ser vitimizada por agressões no âmbito doméstico, muitas vezes com procedência de uma imagem negativada por uma sociedade machista, que não admite o seu progresso e a coloca na condição de um ser de segunda categoria.

Neste sentido, os movimentos feministas surgiram no intento de buscar a conquista de espaço e valorização da mulher, não obstante todos os esforços empenhados, a equiparação dos gêneros ainda não foi alcançada em sua totalidade, de modo que ainda subsiste demasiada desigualdade e mais que isso, a violência de gênero, pois, ainda que a sociedade tenha evoluído alguns óbices são encontrados, tais como as diversidades de culturas, religião e processos de criação de leis de cada Estado-Nação.

No Estado brasileiro, ingressou no sistema jurídico, no dia 7 de agosto de 2006, com vigência em 22 de setembro do referido ano, a Lei Federal nº 11.340, denominada "Lei Maria da Penha", a qual instaura mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra mulher.

De uma forma A Lei supramencionada veio rechaçar totalmente a violência de gênero com medidas de penalização e proteção em caráter de urgência, nos termos do artigo 5º, I, e artigo 226 § 5º e 8º da Carta Política, revogando todas as normas infraconstitucionais que estabeleciam desigualdades entre homens e mulheres.

Em sendo assim, busca-se com este ensaio a apresentação de um estudo comparativo entre a Legislação Federal brasileira nº 11.340/2006 em detrimento a Legislação Penal espanhola, no que se diz respeito à violência de gênero, de forma a buscar cada vez mais dirimir os óbices culturais e legais, no intuito de promover a igualdade formal e material dos gêneros.

Para se lograr êxito neste trabalho, será o mesmo dividido em três capítulos, assim, no Capítulo 1 será apresentado de forma sutil a evolução do movimento feminista no mundo, com a distinção entre “violência de gênero” e violência doméstica.

No Capítulo 2 será apresentado a Lei Federal brasileira nº 11.340/2006, comumente conhecida no Brasil sobre a denominação Lei Maria da Penha, onde no item 1 será apresentado seus antecedentes históricos, já no item 2 será explicado o porque da denominação Maria da Penha, sendo apresentado ainda no item 3 os aspectos legais de proteção da violência de gênero, tanto materiais como processuais.

No tópico 3, seguindo a mesma lógica será apresentado como a violência de gênero é tutelada na Legislação Penal espanhola, de forma que no item 1 será exposto um breve histórico sobre o tema, em sequência no item 2 será apresentado também os aspectos legais de proteção da violência de gênero, tanto na esfera material quanto processual.

Ao final será apresentada a conclusão final do trabalho.

1. ABERTURA DO TEXTO.

Ao se examinar a teoria feminista, que se traduz no núcleo do movimento feminista universal, percebe-se que esta é uma teoria crítica da sociedade. Para Álvarez (2003, p. 131 apud Celia Amorós) a teoria feminista “irracionaliza a visão estabelecida da realidade”. Nestes termos, o primeiro empasse enfrentado pelo movimento feminista na história, sendo o confronto existente entre as próprias mulheres, vez que parte deste gênero não aceita a visão feminista sobre a realidade.

A autora Maria Luisa Maqueda (2006, p. 2) explica que a utilização da expressão “violência de gênero” é algo tão recente quanto ao próprio reconhecimento da realidade dos maus tratos sofridos pelas mulheres.

Centrando-se o exame universal sobre o tema, percebe-se que a maioria dos estudos indica o ano de 1975, como o ano institucional do movimento feminista por parte da Organização das Nações Unidas (ONU), fato semelhante aconteceu em países como a Espanha.

Contudo, a terminologia “violência de gênero” embora algo real, em consulta a textos internacionais não é possível encontrar referência específica sobre esta forma de

violência, e como descreve a mesma autora “*salvo acaso como expresión* indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la *Convención de Naciones Unidas de 1979*” (2006, p. 2).

Na década de 90, o emprego da palavra “violência de gênero” começa a se consolidar, sendo utilizado como exemplo na Conferência Mundial para os Direitos Humanos realizado em Viena em 1993, na Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de violência contra a mulher também no mesmo ano, na Convenção Interamericana para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher de 1994 e a Conferência Mundial de Mulheres de Beijing de 1995.

A importância do movimento feminista no mundo reside junto ao o duplo papel por ele desempenhado, seja a nível micro como macro, de forma que a prática do movimento feminista se desenvolveu conjugando ações tanto de cunho individual como coletivo, buscando o cambio do paradigma do sistema patriarcal, tanto no espaço privado quanto no público, para romper com a dinâmica de reforço mútuo entre as práticas da vida cotidiana e as macroestruturas econômicas, políticas e ideológicas. De igual forma, Ana de Miguel Álvarez (2003, p. 133), além deste rompimento, ainda buscou o feminismo a constituição de uma identidade coletiva feminista, objetivando a criação de uma articulação de interesses comuns no âmbito socioeconômico, ideológico e social, uma vez que este sujeito coletivo faz frente à metade da humanidade.

Antes de se prosseguir como tema há de se registrar aqui que a denominação “violência de gênero” é distinta da violência doméstica, pois a primeira aponta à mulher como sujeito de referência, enquanto a outra a família.

Para finalizar este item, e em se tratando de um pequeno ensaio, será apresentado um pequeno esboço das principais fases de evolução do movimento feminista na Espanha, que de certa forma, coincide com a evolução de outros países do ocidente. Assim, González (2012, p. 10) descreve que:

- Primeira fase (1975-1979): Da eclosão do movimento feminista à ruptura organizativa.
- Segunda fase (1979-1988): Da ruptura organizativa ao fim de a ação coletiva.
- Terceira fase (1988-2000): Dos opacos anos 90 às novas mobilizações globais.

- Quarta fase (2000-2008): Novas configurações do movimento feminista no Estado Espanhol.

É justamente sobre a óptica das novas configurações do movimento feminista que foi promulgada na Espanha a Lei Orgânica nº 1/2004 e no Brasil a Lei Federal nº 11.340/2006, as quais afirmam que é necessário que o Estado intervenha nas diversas perspectivas jurídicas, as quais abarcam desde as normas sociais até a atenção dispensada às vítimas, como forma de salvaguardar a integridade física, moral e psíquica da mulher vítima da violência de gênero.

2. LEI MARIA DA PENHA (LEI FEDERAL BRASILEIRA Nº 11.340/2006).

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Ao se analisar os antecedentes históricos da Lei Maria da Penha, torna-se necessário primeiramente analisar o histórico dos direitos das mulheres frente aos ordenamentos jurídicos internacionais, assim, nas lições de Cançado Trindade (1997, p. 25), percebe-se que *“O Direito Internacional dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos.”*.

E continua:

“Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades na medida em afetam os direitos humanos. Não se nutre das barganhas de reciprocidade, mas se inspira nas considerações de ordem pública em defesa de interesses comuns superiores, da realização da justiça.”

E é justamente sob esta conjuntura da universalidade da proteção dos direitos humanos àqueles que necessitam que situa-se a discussão sobre a proteção no âmbito internacional dos direitos humanos da mulher. Buscando melhor contextualizar os ordenamentos que impulsionaram a promulgação dos direitos humanos da mulher no Brasil, apresenta-se os seguintes documentos: a) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); e b) a Convenção

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará – 1994). E, como marco histórico pelo reconhecimento dos direitos humanos da mulher, menciona-se brevemente a Convenção de Viena (1993).

Chegando-se ao final da ditadura militar, e buscando a construção de uma democracia realizou-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, (1979) estabelecida pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Assim, considerando a preocupação dos Estados membros com as diferentes formas de discriminação, afirmou-se que o estabelecimento da nova ordem econômica internacional deveria dirimir a desigualdade de direitos existentes entre homens e mulheres¹.

Em prosseguimento na história, e considerando a preocupação das Nações Unidas em enfrentar o problema da violência contra a mulher, se reuniram em Assembleia Geral, no intuito de criarem um documento para afirmar que a violência contra a mulher consistiria em violência contra os direitos humanos e as liberdades fundamentais, pelo que se criou então a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”² (1994). Esta Convenção possui o número de 25 artigos e um preâmbulo, sendo ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995 e promulgada em 1996.

Posteriormente no âmbito do Governo brasileiro, foi promulgado no final de 2006 a Lei Federal nº 11.340, a qual recebeu o nome de Lei Maria da Penha, que será mais bem analisada nos itens seguintes.

2.2. DENOMINAÇÃO MARIA DA PENHA:

A Lei Federal brasileira nº 11.340/06, conhecida com Lei Maria da Penha, recebeu esta denominação em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que por vinte anos lutou para ver seu agressor e ex-marido preso.

¹ NAÇÕES UNIDAS (1979). Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm. Acesso em 05 de abril de 2013.

² NAÇÕES UNIDAS (1994). Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em 05 de maio de 2013.

A pessoa de Maria da Penha possui formação em biofarmacêutica, natural do Ceará, foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros, sendo que em 1983, veio a sofrer a primeira tentativa de assassinato, oportunidade em que levou um tiro nas costas enquanto dormia. Seu ex-marido, Sr. Viveros foi encontrado na cozinha, gritando por socorro, alegando que tinham sido atacados por assaltantes. Desta primeira tentativa, a Sra. Maria da Penha acabou por ficar paraplégica. A segunda tentativa de homicídio aconteceu alguns meses depois, quando o Sr. Viveros empurrou Maria da Penha de sua cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro.

Segundo informações do Instituto Maria da Penha³, não obstante a investigação ter se iniciado em junho de 1983, a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro do ano seguinte e o primeiro julgamento só aconteceu 8 anos após os crimes. Em 1991, os advogados do Sr. Viveros conseguiram anular o julgamento. Já em 1996, o Sr. Viveros foi julgado culpado e condenado a dez anos de reclusão, mas conseguiu recorrer.

Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa para a demora. Com a ajuda de ONGs, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Viveiro só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão.

O processo da OEA também condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Dentre as punições foi a recomendações para que fosse criada uma legislação adequada a esse tipo de violência. E esta foi à gênese para a criação da lei. Nesse sentido, um grupo de entidades se reuniu para definir a elaboração de um anteprojeto de lei definindo formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e estabelecendo mecanismos para prevenir e reduzir este tipo de violência, como também prestar assistência às vítimas.

³ INSTITUTO MARIA DA PENHA (2012). História sobre a Maria da Penha. Disponível em <http://www.mariadapenha.org.br/index.php/mariadapenha/historia.html>. Acesso em 05 de maio de 2013.

Em setembro de 2006 a lei 11.340/06 finalmente entra em vigor, fazendo com que a violência contra a mulher deixe de ser tratado com um crime de menos potencial ofensivo, englobando além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral, estabelecendo regras próprias conforme se verá no item a seguir.

2.3. ASPECTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Com o advento da Lei Federal nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), ocorre uma relevante transformação no ordenamento jurídico do Brasil, além de expressar o necessário respeito aos direitos humanos das mulheres e tipificar as condutas delitivas daqueles que venham a violar estes direitos. Essa legislação modifica, significativamente, a processualística civil e penal em termos de investigação, procedimentos, apuração e solução para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo quadro comparativo elaborado pelo Observatório Lei Maria da Penha – Observe⁴, estas são as principais alterações introduzidas com a presente legislação:

ANTES DA LEI MARIA DA PENHA	DEPOIS DA LEI MARIA DA PENHA
Não existia lei específica sobre a violência doméstica	Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabelece as suas formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.
Não tratava das relações entre pessoas do mesmo sexo.	Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de orientação sexual.
Nos casos de violência, aplica-se a lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, onde só se julgam crimes de "menor potencial ofensivo" (pena máxima de 2 anos).	Retira desses Juizados a competência para julgar os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.
Esses juizados só tratavam do crime. Para a mulher resolver o resto do caso, as questões cíveis (separação, pensão, guarda de filhos) tinha que abrir outro processo na vara de família.	Serão criados Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, abrangendo todas as questões.
Permite a aplicação de penas pecuniárias, como cestas básicas e multas.	Proíbe a aplicação dessas penas.

⁴ OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA (2011). Aspectos fundamentais da Lei. Disponível em http://www.observe.ufba.br/lei_aspectos. Acesso em 05 de maio de 2013.

A autoridade policial fazia um resumo dos fatos e registrava num termo padrão (igual para todos os casos de atendidos).	Tem um capítulo específico prevendo procedimentos da autoridade policial, no que se refere às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.
A mulher podia desistir da denúncia na delegacia.	A mulher só pode renunciar perante o Juiz.
Era a mulher quem, muitas vezes, entregava a intimação para o agressor comparecer às audiências.	Proíbe que a mulher entregue a intimação ao agressor.
Não era prevista decretação, pelo Juiz, de prisão preventiva, nem flagrante, do agressor (Legislação Penal).	Possibilita a prisão em flagrante e a prisão preventiva do agressor, a depender dos riscos que a mulher corre.
A mulher vítima de violência doméstica e familiar nem sempre era informada quanto ao andamento do seu processo e, muitas vezes, ia às audiências sem advogado ou defensor público.	A mulher será notificada dos atos processuais, especialmente quanto ao ingresso e saída da prisão do agressor, e terá que ser acompanhada por advogado, ou defensor, em todos os atos processuais.
A violência doméstica e familiar contra a mulher não era considerada agravante de pena. (art. 61 do Código Penal).	Esse tipo de violência passa a ser prevista, no Código Penal, como agravante de pena.
A pena para esse tipo de violência doméstica e familiar era de 6 meses a 1 ano.	A pena mínima é reduzida para 3 meses e a máxima aumentada para 3 anos, acrescentando-se mais 1/3 no caso de portadoras de deficiência.
Não era previsto o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação (Lei de Execuções Penais).	Permite ao Juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.
O agressor podia continuar frequentando os mesmos lugares que a vítima frequentava. Tampouco era proibido de manter qualquer forma de contato com a agredida.	O Juiz pode fixar o limite mínimo de distância entre o agressor e a vítima, seus familiares e testemunhas. Pode também proibir qualquer tipo de contato com a agredida, seus familiares e testemunhas.

Esta lei traz para o Brasil, concepções inovadoras na medida em que tenta abordar o problema da violência contra a mulher da maneira mais ampla possível. A maior inovação foi à possibilidade da instituição de medidas protetivas de urgência, com possibilidade de concessão de alimentos provisórios ou provisionais em favor da mulher, assim como o aumento da pena do crime de lesão corporal praticado no âmbito doméstico, o que gera considerável expansão ao conceito de violência, podendo esta ser compreendida como toda e qualquer forma de violência, seja ela física, psicológica, moral ou sexual, elevando-a, inclusive, ao patamar de violação de direitos humanos.

Com o objetivo de sintetizar o quadro acima descrito, é possível descrever que as principais inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Maria da Penha, a saber:

- A tipificação e definição da violência doméstica e familiar contra a mulher;
- O estabelecimento das várias formas de violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral;
- A determinação de que a mulher somente poderá renunciar ao oferecimento da representação em audiência designada para este fim, antes do recebimento da denúncia perante o juiz e ouvido o Ministério Público;
- A determinação de que a violência doméstica contra a mulher ocorre independente de sua orientação sexual;
- Ficam proibidas as penas pecuniárias (não aplicabilidade da Lei Federal nº 9.099/95);
- A intimação do agressor será feita pela via judicial;
- A mulher vítima de violência doméstica será notificada dos atos processuais, em especial quando do ingresso e saída da prisão do agressor;
- A mulher deverá estar acompanhada de seu advogado(a) ou defensor(a) em todos os atos processuais;
- A alteração a Lei de Execuções Penais para permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação;
- A determinação da criação de juzizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger questões as questões de família decorrentes da violência;
- A alteração do Código de Processo Penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher;
- No caso da violência doméstica ser cometida contra mulher com deficiência, a pena será aumentada em 1/3 (um terço);
- A possibilidade de fixação pelo Juiz Criminal, no prazo de 48 horas, de medidas protetivas em caráter de urgência (suspensão do porte de armas do agressor, afastamento do agressor do lar, distanciamento da vítima, dentre outras), dependendo da situação, a requerimento do Ministério Público ou da ofendida;
- A modificação a ação penal no crime de lesão corporal leve, que passa a ser pública incondicionada;

- O aumento da pena de lesão corporal no caso dela ser praticado contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade;
- Permite a autoridade policial prender o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência contra a mulher;

Ainda acerca dos aspectos legais da Lei Maria da Penha, forçoso registrar que várias foram as críticas e ações perante o Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil buscando declarar a sua inconstitucionalidade.

Contudo, em 09 de fevereiro de 2012, o Supremo acabou por declarar por unanimidade a constitucionalidade da Lei, e o Ministro Marco Aurélio⁵ como Relator da ação declaratória de constitucionalidade nº 19, acrescentou que *“a mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado”*, salientando que a norma mitiga a realidade de discriminação social e cultural.

3. VIOLÊNCIA DE GÊNERO PRESENTE NA LEGISLAÇÃO PENAL ESPANHOLA.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Quando se os antecedentes da Lei Orgânica de nº 1/2004, de 28 de dezembro, que fixa as Medidas de Proteção Integral contra a Violência de Gênero no âmbito do Estado espanhol, percebe-se que a gênese desta legislação contou com a mesma base da legislação brasileira.

E ao observar a exposição de motivos da referida Lei, percebe-se que esta faz menção à Organização de Nações Unidas na IV Conferência Mundial de 1995 reconheceu já que a

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF - Direto do Plenário: STF confirma constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199817&caixaBusca=N>. Acesso em 05 de maio de 2013.

violência contra as mulheres é um obstáculo para obter os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz e viola e deprecia o desfrute dos direitos humanos e as liberdades fundamentais.

É possível afirmar que nos últimos anos o direito espanhol produziu alguns avanços legislativos em matéria de luta contra a violência de gênero, podendo ser citada a Lei Orgânica 11/2003, de 29 de setembro, que trata sobre as Medidas Concretas em Matéria de Segurança Cidadã, Violência Doméstica e Integração Social dos Estrangeiros; a Lei Orgânica 15/2003, de 25 de novembro, pela que se modifica a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, que se trata do Código Penal, ou a Lei 27/2003, de 31 de julho, que regula a Ordem de Proteção das Vítimas da Violência Doméstica; além das leis aprovadas por diversas Comunidades Autônomas, dentro de seu âmbito de competência. E assim como a Lei Maria da Penha no Brasil, incidiram em distintos âmbitos civis, penais, sociais ou educativos através de suas respectivas normativas.

De igual forma, forçoso reconhecer que a Lei Orgânica 1/2004 da Espanha, com o seu ingresso na União Europeia, pretende atender às recomendações dos organismos internacionais no sentido de proporcionar uma resposta global à violência que se exerce sobre as mulheres. A exemplo pode-se citar a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação sobre a mulher de 1979, como já mencionado anteriormente; a Declaração de Nações Unidas sobre a eliminação da violência sobre a mulher, proclamada em dezembro de 1993 pela Assembleia Geral das Nações Unidas; as Resoluções da última Cúpula Internacional sobre a Mulher celebrada no Pequim em setembro de 1995; a Resolução WHA49.25 da Assembleia Mundial da Saúde declarando a violência como problema prioritário de saúde pública proclamada em 1996 pela Organização Mundial de Saúde; o relatório do Parlamento Europeu de julho de 1997; a Resolução da Comissão de Direitos Humanos de Nações Unidas de 1997; e a Declaração de 1999 como Ano Europeu de Luta Contra a Violência de Gênero, entre outros.

Finalmente, e de forma pertinente, forçoso registrar que assim como no Brasil, a Espanha também teve a sua mártir vítima de violência doméstica, a professora Dra. Gemma Nicolás Lazo (2013) em suas aulas do Máster em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal apresentou os seguintes ensinamentos:

“como curiosidad, en España hubo desgraciadamente una Maria da Penha. Ana Orantes apareció en los noventa en un programa de televisión explicando cómo su exmarido, que vivía en el piso inferior al suyo, seguía amenazándola. Después de ese programa y a los pocos días, fue asesinada quemada viva por su exmarido, como represalia. Este suceso, que conmocionó a la opinión pública, inició la preocupación por parte de los poderes públicos del tema de la violencia de género, cosa que culminó años después en la Ley integral (con la primera ley orgánica del primer gobierno del presidente Zapatero)”⁶.

Como exemplo recente, cita-se a Decisão de nº 803/2004/CE do Parlamento Europeu, pela qual se aprova um programa de ação comunitária (2004-2008) para prevenir e combater a violência exercida sobre a infância, os jovens e as mulheres e proteger às vítimas e grupos de risco (programa Daphne II).

3.2 ASPECTOS DE PROTEÇÃO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA ESPANHA.

Considerando que a legislação brasileira de proteção à mulher contra a violência de gênero teve a sua inspiração na legislação espanhola, mais especificamente na Lei Orgânica 1/2004, forçoso reconhecer que este diploma legal possui uma série de inovações tanto em termos materiais como em termos processuais. Assim, como já descrito anteriormente, por se tratar este estudo de um pequeno ensaio, serão apenas apresentadas estas inovações sem um maior aprofundamento, sem prejuízo de um estudo aprofundado posteriormente.

3.2.1 – Inovações materiais:

Apesar de se reconhecer que as principais inovações materiais sobre a proteção da violência de gênero se deu com o advento da Lei Orgânica nº 1/2004, não se pode olvidar que antes de sua promulgação, algumas inovações também foram trazidas com a alteração introduzidas no Código Penal Espanhol pela Lei Orgânica 11/2003, de 29 de setembro, que trata sobre a “SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMESTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS”, o que de forma resumida o catedrático Dr. Manuel Jaén Vallejo (2003, p. 4) ensina que:

⁶ Texto extraído de tutoria em 21 de maio de 2013, com a Dra. Gemma Nicolás Lazo, professora titular da disciplina Género e Sistema Penal, do Máster em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal da Faculdade de Direito de Universidade de Barcelona.

“Violencia doméstica. La reforma afecta a los arts. 153, 173 y 617.2, último párrafo. La falta de lesiones en el ámbito doméstico prevista en esta última disposición pasa ahora a ser delito, en el art. 153, derogándose, pues, aquel art. 617.2, último párrafo. Y en cuanto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, antes previstos en el art. 153, se incluyen ahora en el art. 173 (dentro de los delitos de «torturas y otros delitos contra la integridad moral»), ampliándose el círculo de sus *posibles víctimas a toda “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”, imponiéndose, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y abriéndose la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. El párr. 2º del art. 153 y el art. 173.2, párr. 2º, incluyen un tipo agravado cuando se cometa el delito ante menores, con armas, en domicilio común o de la víctima, quebrantando pena o medida cautelar”.*

Retornando-se à Lei Orgânica 1/2004 traz em seu título IV, denominado “Tutela Penal” em seus artigos 33 a 41, uma série modificações no Código Penal, que vão da elevação à categoria jurídica de delito de determinadas condutas, agravamento da pena em outras até a fixação de novos requisitos para a substituição e suspensão da pena. Em concreto, introduzem-se as seguintes modificações:

a) Lesões agravadas (art. 36): Se acresce os parágrafos 4º e 5º ao artigo 148 do Código Penal espanhol, a fim de considerar como lesões agravadas aquelas praticadas contra a mulher no âmbito doméstico; que já tenha coabitado ou ainda que tivesse qualquer relação análoga de afetividade com o autor da agressão. Acrescentando-se ainda junto ao paragrafo 2º a traição como circunstâncias que agravante do tipo básico do delito de lesões do artigo 147.1 do Código Penal espanhol.

b) Maus tratos (art. 37), ameaças (art. 38), coações (art. 39): eleva-se a pena, caso a vítima seja esposa; ou mulher que tenha tido ou continue tendo qualquer relação afetiva com ao autor do fato.

c) Descumprimento de ordem legal (art. 40): gera a penalidades fortes ao autor de violência de gênero em caso de descumprimento de sentença, medida cautelar, medida de segurança ou prisão, contemplando-se inclusive a possibilidade de prisão preventiva, como no caso do direito brasileiro.

d) Suspensão e substituição de penas (arts. 33, 34 e 35): neste caso para a concessão da suspensão condicional do processo, ficam condicionados os autores da violência de gênero, ao cumprimento da proibição de ir a determinados lugares e de aproximar-se ou comunicar-se, e também a participar de programas educativos em matéria de igualdade, e revogando-a suspensão em caso de descumprimento. No caso da substituição processual, não poderá a pena restritiva de liberdade ser substituída por prestação de serviço a comunidade caso o autor tenha sido condenado nos termos do artigo 173.2 (prática de violência física ou psíquica) do Código Penal espanhol.

e) Administração penitenciária (art. 42): ficam os estabelecimentos prisionais obrigados a realizar programas específicos para os internos condenados por delitos relacionados com a violência de gênero, programas cujo aproveitamento e seguimento por parte destes internos, serão avaliados pelas Juntas de Tratamento para fins de concessão das progressões de regime, concessões de permissões e de liberdade condicional.

2.2.2. Inovações processuais:

Observa-se na Lei Orgânica nº 1/2004, junto ao Título V (artigos 43 a 72), denominado “Tutela Judicial”, várias modificações de cunho processual, de forma que se produziu junto ao ordenamento jurídico espanhol, consideráveis alterações processuais dentre a LOPJ (Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol), LECrim (Código Processual Penal espanhol), LEC (Código Processual Civil espanhol) e na Lei nº 38/1988, de Demarcação e Planta Judicial (distribuição de competências – jurisdição).

Neste diapasão, as principais modificações processuais foram as seguintes:

a) Criação de Tribunais de Violência sobre a Mulher: importante chamar a atenção de que não se trata de uma nova ordem jurisdicional, mas sim de uma especialização dentro da ordem jurisdicional penitenciária.

b) Competências de natureza penal: será competência do juízo penal, processar e julgar a responsabilidade penal pela prática de delitos recolhidos nos títulos do Código Penal relativos a homicídio, aborto, lesões, lese ao feto, delitos contra a liberdade, delitos contra a integridade moral, contra a liberdade e indenidade sexuais ou qualquer outro

delito cometido com violência ou intimidação, sempre que se tivessem cometido contra quem é ou tenha sido sua esposa, ou mulher que esteja ou tenha estado ligada ao autor por análoga relação de afetividade, até sem convivência, assim como dos encargos sobre os descendentes próprios ou da esposa ou amasia, ou sobre os menores ou incapazes que com ele convivam ou que se achem sujeitos a sua posse, tutela, curatela, acolhimento ou guarda de fato em virtude da esposa ou amasia, quando também se tiver produzido um ato de violência de gênero.

Igualmente será de competência do juízo penal, a adoção de medidas cautelares ou de proteção a vítima, sem prejuízo das competências atribuídas ao Juiz de plantão, e também para processar e julgar os delitos contra as pessoas e contra o patrimônio (arts. 617 a 628 do CP), quando a vítima seja alguma das pessoas assinaladas anteriormente.

c) Competência de natureza cível: os Tribunais de Violência sobre a Mulher terão competência sobre os seguintes assuntos: filiação, maternidade e paternidade; nulidade do matrimônio, separação e divórcio; os assuntos que versem sobre relações paterno-filiais; os que versem sobre a adoção ou modificação de medidas de transcendência familiar, os que versem exclusivamente sobre guarda e custódia de filhos e filhas menores ou sobre mantimentos reclamados por um progenitor contra o outro em nome dos filhos e filhas menores; os que versem sobre a necessidade de assentimento na adoção; e os que tenham por objeto a oposição às resoluções administrativas em matéria de proteção de menores.

Contudo, para que os Tribunais de Violência sobre a Mulher possam ter as competências relatadas acima, será necessária o cumprimento simultâneo de alguns requisitos, a saber: que alguma das partes do processo civil seja vítima dos atos de violência de gênero; que alguma das partes do processo civil seja imputado como autor, indutor ou cooperador necessário na realização de atos de violência de gênero; que se tenham iniciado diante de um Juiz de Violência sobre a Mulher atuações penais por delito ou falta consequência de um ato de violência sobre a mulher ou se adotou uma ordem de proteção a uma vítima de violência de gênero.

d) Recursos: alguns dispositivos foram criados para atribuir a competência do Juízo das Audiências Provinciais para conhecer dos recursos que estabeleça a lei contra as

decisões ditadas em matéria penal e civil pelos Tribunais de Violência sobre a Mulher de cada província.

e) Citações e notificação de sentenças: as citações nos juízos céleres por delitos e por faltas serão sempre efetivadas pela Polícia Judiciária aos Tribunais de Violência sobre a Mulher, de maneira coordenada com os mesmos, bem como outras disposições específicas aplicáveis apenas no âmbito do Estado espanhol.

f) Competência territorial: será competente para processar e julgar os delitos de faltas que envolvam a violência de gênero, o juízo do domicílio da vítima, sem prejuízo de ação da ordem de proteção ou medidas urgentes.

g) Competência por conexão: amplia a competência dos Tribunais de Violência sobre a Mulher para processar e julgar delitos conexos, quando a conexão se deve à comissão como meio para perpetrar outros ou facilitar sua execução, ou para procurar a impunidade de outros delitos.

h) Promotor de Justiça contra a Violência sobre a Mulher (art. 70): cria-se a figura do Promotor de Justiça contra a Violência sobre a Mulher, a quem se encomenda, além das funções que lhe correspondem em altares à defesa da legalidade, a supervisão e coordenação das atuações em matéria de violência de gênero.

CONCLUSÃO:

A conclusão que se chega através do presente ensaio não é muito diferente das demais conclusões encontradas em trabalhos da mesma espécie, de forma que quando se observa em específico o Estado brasileiro, percebe-se que neste país ainda persiste a deficiência na eficácia da Lei Maria da Penha. Não obstante as relevantes inovações e mudanças existentes no ordenamento e no pensamento jurídico, poucos foram os alcançados, pois além da Lei prever a criação dos Juizados da Violência e Especial contra a Mulher em todas as comarcas, tem-se ainda no Brasil o problema ocasionado pela sua extensão e pela discrepância dos investimentos fornecidos por cada Estado da Federal para o aludido fim.

No âmbito do território espanhol, as ações previstas em Lei não são diferentes das constantes na legislação brasileira, mesmo porque como já dito anteriormente, a legislação brasileiro se teve como inspiração a espanhola. Contudo, quando se analisa a aplicabilidade da norma na Espanha, percebe-se que sua aplicação se encontra mais avançada, o que por si só não altera o fato de que o problema no território espanhol ainda persiste.

Neste sentido, e com base nos ensinamentos Bodelón González (2012), dois pontos chamam a atenção, pelo que passo a descrevê-los: o primeiro diz respeito à dificuldade e em alguns casos a impossibilidade probatória da ocorrência da violência de gênero, e o segundo diz respeito na confiança ou ingenuidade dos legisladores e governantes deixar apenas nas mãos do Direito a árdua tarefa de promover a proteção da mulher contra a violência de gênero.

É notório de um modo geral que ainda hoje a sociedade se encontra alicerçada sob estruturas institucionais patriarcais, e que por consequência construiu-se um sistema social e cultural que acaba por vulnerar os direitos das mulheres fomentando um trato discriminatório e desigual.

Contudo, a crítica que se faz aqui ao modelo adotado na Espanha e em vários outros países como o Brasil, nação objeto deste estudo comparado, é que não obstante os avanços em matéria de marco legal e estrutura judicial para aplicação desta normativa, o problema exige a aplicabilidade de uma multidisciplinariedade sobre o tema, de forma que nem sempre o que a vítima busca é a penalização do autor, em alguns casos busca apenas salvaguardar a sua integridade física. E como exemplo é possível citar a experiência extraída durante os 6 anos que esteve este autor em labor junto a Varas Criminais com competência para processar e julgar delitos de violência de gênero no Brasil, de forma que, várias foram as vítimas que relatavam não querer a prisão do agente autor do fato delituoso, mas tão somente a fixação de medidas cautelares, denominadas no Brasil de medidas protetivas, visando obter tão somente a sua própria integridade física e/ou de seus descendentes ou ascendentes resguardada.

Este fato é curioso, pois é justamente este distanciamento entre o que a vítima busca e o que se alcança que gera este vertiginoso desestímulo da mulher em continuar lutando para a aplicabilidade de seus direitos.

De igual forma, deveriam os Estados terem claro em suas políticas de governo, que não basta a simples aplicação do direito penal, sendo que em muitas vezes essa mulher passou a sua vida no lar, e em virtude de sua educação em uma sociedade patriarcal não recebeu a qualificação profissional necessária, de forma que o afastamento ou prisão do varão, lhes traria mais problemas do que a violência em si, motivo pelo qual, deveria o Estado promover não só a qualificação profissional dessa mulher, como também promover um tratamento nas vítimas de caráter psicológico e também social.

Devendo-se aqui os operadores do direito, somar forças a profissionais dos mais diversos ramos distintos do direito, de forma a buscarem a mudança de paradigma, de forma que se alcancem as mudanças de cunhos sociais, culturais, econômicos, pois somente assim, poderá a mulher lograr êxito em ter os seus direitos fundamentais devidamente protegidos, vez que ao largo da história, já restou amplamente comprovado que o direito por si só não consegue alcançar esta tarefa que o Estado lhes confia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Bodelón González, Encarna (2012). Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Buenos Aires: Editorial Didot.

Brasil. (2006). Lei Maria da Penha. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 05 de maio de 2013.

Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 05 de maio de 2013.

Cançado Trindade, Antônio Augusto. (1997). Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, v. I, 1997, p.17-25.

Espanha. (1978). Constitución española de 1978. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html. Acesso em: 05 de maio 2013.

Espanha. (2004). Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2004.t4.html#a36. Acesso em: 05 de maio 2012.

Espanha. (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t7.html. Acesso em: 05 de maio 2013.

González, María Martínez. (2012). El movimiento feminista en la España contemporánea. Avances de una tesis en proceso de construcción. Disponível em http://www.uv.es/iued/actividades/articulos/MMartinez_Valencia.pdf. Acesso em 05 de maio de 2013.

Vallejo, M. J. (2004). Las Reformas del Código Penal (2002/2003). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea).

Maqueda Abreu, M. L. (2006). La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social, en Artículo 14 (21), pp. 10 y ss.

Miguel Álvarez de, Ana (2003). El movimiento feminista y la construcción de marcos de interpretación: el caso de la violencia contra las mujeres, en Revista Internacional de Sociología –RIS-, nº 35, Mayo 2003, pp. 127-150.

Nações Unidas (1979). Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm. Acesso em 05 de maio de 2013.

Nações Unidas (1994). Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em 05 de maio de 2013.

Observatório Lei Maria da Penha (2011). Aspectos fundamentais da Lei. Disponível em http://www.observe.ufba.br/lei_aspectos. Acesso em 05 de maio de 2013.

Supremo Tribunal Federal (2012). Notícias do STF - Direto do Plenário: STF confirma constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199817&caixaBusca=N>. Acesso em 05 de maio de 2013.