

ECA OU LEI MARIA DA PENHA: DUPLICIDADE DE NORMAS A SEREM APLICADAS QUANDO A AGRESSÃO É COMETIDA POR ADOLESCENTE NO ÂMBITO DOMÉSTICO - UMA DISCUSSÃO À LUZ DOS ENTENDIMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS

Fernanda Cláudia Araújo da Silva*

Pâmela Samara de Oliveira Albuquerque**

RESUMO: A violência é um fenômeno que convive dentro da sociedade brasileira, o que acaba por refletir dentro das relações familiares. Nesse sentido, procura-se analisar a violência doméstica praticada por adolescentes com seus familiares, responsáveis e conviventes. A matéria apresenta um cunho sociológico da violência no atual contexto e passa a ser inserida na legislação vigente, penal e da violência doméstica (Lei Maria da Penha — Lei nº 11.340/06). A questão não parece simples de solução, na medida em que se confronta com o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA. Numa aparente incompatibilidade legislativa, procura-se identificar qual a espécie normativa a ser aplicada quando o agente da violência doméstica é um adolescente que tem respaldo constitucional pelo princípio da proteção integral.

PALAVRAS-CHAVES: Adolescente. Violência doméstica. Lei Maria da Penha.

**ECA OR MARIA DA PENHA ACT: DUPLICITY OF STANDARDS TO BE APPLIED
WHEN AGRESSION IS COMMITTED BY ADOLESCENT IN THE DOMESTIC - A
DISCUSSION IN THE LIGHT OF THE PRINCIPIOLOGICAL UNDERSTANDINGS**

ABSTRACT: Violence is a phenomenon that coexists within Brazilian society, which ultimately reflects within family relationships. In this sense, we seek to analyze the domestic violence practiced by adolescents with their relatives, caregivers and cohabitants. The article presents a sociological aspect of violence in the current context and is inserted in current legislation, criminal law and domestic violence (Lei Maria da Penha - Law nº 11.340 / 06). The question does not seem simple to solve, in that it is confronted with the Statute of the Child and the Adolescent-ECA. In an apparent legislative incompatibility, we try to identify which normative species to apply when the domestic violence agent is an adolescent who has constitutional support for the principle of integral protection.

KEYWORDS: Adolescent. Domestic violence. Maria da Penha Law.

1 INTRODUÇÃO

O contexto de regulamentação da Lei Maria da Penha se extrai o gênero violência enquanto agressão, adequando uma nova forma de manifestação em

* Professora de Direito Administrativo do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará e coordenadora de Programas Acadêmicos da UFC. Mestre em Direito e Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. E-mail: f.c.araujo@hotmail.com.

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Leão Sampaio. E-mail: pamyblimg@hotmail.com

proteção à violência de gênero dirigida contra mulher num determinado ambiente doméstico, familiar ou dentro da intimidade, em situações que podem causar morte, lesão, sofrimento físico, psicológico ou violência sexual.

Isso se deve ao contexto histórico-real da precursora da luta contra a violência doméstica e dos antecedentes legais da Lei nº 10.455/02, a qual modificou a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) prevendo uma medida cautelar de âmbito penal que consistia no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de caracterização de violência doméstica, e da Lei nº 10.886/04 que alterou o Código Penal, tipificando um subtipo de lesão corporal decorrente de violência doméstica.

Nesse parâmetro protetivo da mulher, a Lei Maria da Penha vem com a principal característica de trazer uma tutela contra a violência no âmbito familiar e principalmente, por estabelecer uma tutela de urgência de natureza cautelar, e a determinar outras medidas protetivas de urgência em favor da mulher.

O mecanismo inovador da referida lei trouxe aos aplicadores do Direito, diversas discussões acerca da aplicabilidade da norma e seu alcance no ordenamento jurídico brasileiro, desde a existência da violência doméstica e o gênero mulher, como o condicionamento a outras espécies de relações como as homoafetivas ou ainda a violência advinda das relações familiares entre filhos e demais membros da família.

Sendo assim, tomando por base a criação da Lei Maria da Penha e sua discussão quanto à aplicabilidade em outros contextos familiares, inclusive sob a perspectiva da constitucionalidade, procura-se discutir na presente investigação a possibilidade jurídica de se aplicar o contexto da Lei nº 11.340/06 quando o agressor for adolescente.

Dentro dessa proposta de discussão, observa-se que o tema traz discussões dicotômicas, em que parte da doutrina traz posicionamentos favoráveis à aplicação e compatibilidade normativa, e, por outro lado, posicionamentos contrários à combinação normativa e, por via de consequência, a exclusão da Lei Maria da Penha na hipótese de menores (adolescente) cometerem a violência doméstica.

A questão não se apresenta de forma tão simples, porque devem ser analisados aspectos de leis específicas como o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA — Lei nº 8.069/90, definições alheias à legislação penal, como ato infracional, compatibilidade normativa, especialidade normativa e combinação de leis.

Para tanto, são apreciadas definições legislativas da Lei Maria da Penha e do Estatuto da Criança e do Adolescente como vítimas de violência doméstica se perfaz dentro de uma estrutura legal protetiva e uníssona, o que não se caracteriza quando o adolescente é o próprio agressor. A discussão ultrapassa meras questões legais e alcança um parâmetro sociológico de violência cometida por adolescentes e que põe o Estado e a sociedade num conceito de vigilância para se evitar a inoperância legislativa da proposta inicial da Lei Maria da Penha.

Quanto ao aspecto metodológico, a pesquisa foi realizada através da publicação de artigos científicos, leis, doutrinas e texto, portanto, uma pesquisa bibliográfica. A pesquisa também é descritiva, pois descreve e explica a contextualização da aplicabilidade do direito, tomando como base os objetivos propostos neste estudo, esta é uma pesquisa exploratória, aprofundando com ênfase nos objetivos caracterizadores do ato de violência e no sentido de aprimorar as ideias de informações sobre a temática.

2 BREVE ANÁLISE DA VIOLÊNCIA FAMILIAR NO CONTINGENTE MODERNO

O assunto violência familiar tem sido uma realidade social detectada em várias famílias independentemente de critérios socioeconômicos que possam ser apontados ou identificadas na sociedade brasileira, não sendo, portanto, um critério indicativo de apenas uma classe social, ou relacionado a um critério etário, religioso, racial ou de escolaridade. Há uma agressividade de forma intencional e excessiva que se manifesta no contingente moderno denominada de violência. Esses atos são realizados por diversas formas e em face de variadas situações e diferentes pessoas (como mulheres, crianças, idosos), ou ainda contra animais.

Violência sexual, urbana, verbal, física, institucional, moral, patrimonial, psicológica e tantas outras formas de violência que sequer podem ser imaginadas ou descritas e que rodeiam a sociedade moderna. A palavra violência vem do latim “*violentia*”, que significa “veemência, impetuosidade”, mas sua etimológica está relacionada com o termo “violação” (*violare*)¹.

Mas, a palavra violência pode ter várias conotações. Senão vejamos:

¹ Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/site/pergunta/origem-da-palavra-violencia/>. Acesso em: 25 de fev de 2017.

Precisamente das ações ditas violentas, é a imprecisão dos seus contornos semânticos. Várias são as razões disso. Uma, de caráter mais psicológico, é que elas são assim denominadas, com frequência, muito mais pelo impacto emocional que produzem no imaginário das pessoas do que por razões objetivas consistentes. Outra razão, de caráter mais filosófico, é a dificuldade de encontrar um princípio racional que explique essas ações, particularmente sob o impacto emocional dos seus efeitos. Outra, de caráter mais antropológico, é que a qualificação das ações como violentas permite desqualificar seus autores, tornando-os a expressão máxima da desumanidade [...]. (PINO, 2007.p.765) SIC!

Nesse contexto de violação, o Autor estabelece não a origem de uma conduta, o que aliás, pode ter várias ou mesmo uma única razão, mas quando se trata do indivíduo. Marilena Chauí define violência apresentando 3 situações, as quais merecem ser examinadas no presente contexto de estudo:

1) tudo o que age usando a força para ir contra a natureza de alguém (é desnaturar); 2) todo ato de força contra a espontaneidade, a vontade e a liberdade de alguém (é coagir, constranger, torturar, brutalizar); 3) todo ato de transgressão contra o que alguém ou uma sociedade define como justo e como direito. Consequentemente, violência é um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão e intimidação, pelo medo e o terror [...]. Sic! (CHAUI, 1999, p.3)

96

Atualmente, se vive no Brasil uma onda de violência em que se procura explicar os fatores ou razões que levaram a esse tipo de conduta. Longe de se ter uma conotação acidental, a violência apresenta-se dentro do contexto histórico, social e econômico brasileiro ao longo de um período, pois de qualquer forma a violência não é enquadrada como elemento moderno e atual, ao contrário, faz parte de um contexto histórico da nação. É claro que se desmascaram os atos violentos na conjuntura moderna, diferentemente de outrora, e associando a violência a outras situações ou fatores, os quais decorrem da mundialização da informação e do acesso de conhecimento.

No entanto, é para o ordenamento jurídico que as condutas violentas repercutem, pois afetam os direitos humanos, de forma que, os atos de violência lesionam direitos, como os direitos civis (liberdade, privacidade, proteção igualitária); sociais (saúde, educação, segurança, habitação); econômicos (emprego e salário); culturais (manifestação da própria cultura) e políticos (participação política na sociedade), e por essa razão, merece proteção do Estado de Direito, amparado pelo ordenamento jurídico e deve ser incutido como elemento proibitivo para as relações sociais existentes. Isso porque o Conselho Nacional de Justiça — CNJ elenca as diversas espécies de violência: violência contra a mulher, violência de gênero, violência doméstica, violência familiar,

violência física, violência institucional, violência intrafamiliar, violência moral, violência patrimonial, violência psicológica, e violência sexual.

2.1 Perspectivas da violência: um problema social

Independentemente do tratamento jurídico dado à violência, deve ser encarada como um problema a ser resolvido pela ponderação de critérios sociológicos, psicológicos, morais e que são postos como elementos que não se compatibilizam com a cultura de paz², e por políticas públicas sistematizadas a proteger os indivíduos. Desconhece-se uma sociedade a qual não se identificam registros de atos de violência. Por isso, ela se se insere desde tempos pretéritos, mas que permite-se inferir de que a violência não faz parte da natureza humana, a qual não tem o condão hereditário como elemento condicionante. Ela deve ser tratada com suas origens decorrentes da conduta biossocial do indivíduo.

Porém, a violência está presente em na sociedade globalizada (em países e continentes) diluídos e divulgados no atual século XXI (HOBBSAWM, 2000), por várias razões como políticas³, sociais ou religiosas⁴ e amparam a violência e propõem a quebra social e de valores, princípios e direitos em uma cultura de incerteza e insegurança na sociedade. Por isso, Hobsbawm (2000) diz que há um rompimento da consciência da integração de uma sociedade face um crescimento individualizado e em certos momentos, gera a quebra do poder estatal manipulado por forças violentas⁵. A violência se apresenta principalmente como efeitos do procedimento de exclusão social e afetam situações institucionalizadas, como nas relações familiares, nas escolas e universidades, no setor industrial e comercial.

Por isso, efetivam-se as normas de proteção contra a violência, Tais normas não são somente penais como as descritas no Código Penal Brasileiro que definem tipos penais em que a violência é absorvida pela conduta, mas em todo o Sistema Penal, além de outras normas, como as normas sociais inseridas nas

² Nos termos determinados pela UNESCO — Resolução nº 58/11 que institui a Década Internacional pela Cultura de Paz e Não Violência no mundo para as Crianças (2001-2010).

³ Alguns movimentos políticos tem suas raízes amoldadas na violência, agregada a guerras e revoluções. Como por exemplo a tomada de terras, os manifestos ao governo defasado, e etc.

⁴ Fundamentos religiosos deturpados tendem a impor a violência em certas sociedades.

⁵ Isso claramente pode ser detectado no atual momento com a crise do sistema penitenciário brasileiro, em que o Estado, por sua polícia civil e militar, não consegue controlar a violência nos presídios brasileiros.

políticas públicas inclusivas e protetivas, como formas de minimização da violência na sociedade. Esse desregramento social demonstra também a inserção do poder coativo da força e que define o poder, a identificar a relação de dominação e submissão como elemento social, colocando a violência social, abrangida pela violência econômica, como a precursora das demais formas de manifestação de violência social.

Assim a violência tem sido concebida como um fenômeno multifacetado, que não somente atinge a integridade física, mas também as integridades psíquicas, emocionais e simbólicas de indivíduos ou grupos nas diversas esferas sociais, seja no espaço público, seja no espaço privado (ABRAMOVAY, 2002, p.27)

É nesse sentido que se identifica que a violência no Brasil está emparelhada à inoperância do Estado em suas políticas públicas. Então vejamos:

Na literatura sobre o Brasil a associação entre violência de macrodinâmicas sociais, assim como a reflexão sobre o papel do Estado, faz parte de uma herança comum no campo das ciências sociais. Pobreza, desemprego, crises econômicas, desigualdades sociais e democracia são algumas das referências macroestruturais mais debatidas, mas com abordagens diferenciadas. (ABRAMOVAY, 2002, p. 22)

98

Mesmo sem apresentar uma digressão histórica da formação das desigualdades sociais no Estado brasileiro, a violência esteve presente, mas o crescimento dela se deveu a outros fatores. Sendo assim, observamos que,

O crescimento do crime e da violência resulta não apenas da pobreza e da desigualdade social, da falta ou má qualidade dos serviços de segurança e da disseminação de armas e drogas. Resulta também da incerteza política e dos conflitos institucionais não resolvidos durante a transição para a democracia, e enfraquecem o impacto das ações para aperfeiçoar os serviços de segurança e justiça. (MESQUITA NETO et al, 2001, p. 34)

Ligando a violência à criminalidade, e abordando nos dias atuais, a incidência do tráfico de drogas debilita e afeta os valores sociais, os quais deveriam permanecer nas relações sociais, familiares e institucionais, estimulando a agressividade como consciência generalizada, situação que mantém a vulnerabilidade social.

2.2 A vulnerabilidade social pela violência e os reflexos na identificação da criminalidade cometida por menores

As situações de violência geradas em razão da vulnerabilidade social afeta principalmente crianças e adolescentes, enquanto vítimas ou mesmo como agressores. O parâmetro da menoridade tem descrição constitucional e legal

deve-se considerar adolescente a pessoa com faixa etária dos 12 (doze) até os 18 (dezoito) anos de idade incompletos e criança, de 0 (zero) a 12 (doze) anos incompletos (Lei nº 8.069/90).

Na descrição constitucional, o Art. 227 determina absoluta prioridade à criança e ao adolescente, reconhecendo um conjunto de responsabilidades à família, ao Estado e de proteção à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. E ainda numa imposição complementar do ECA, Art. 4º a alínea “c”, dentre outras complementações temos “a garantia de preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”, como forma de efetivar as determinações constitucionais através de políticas públicas.

Porém, boa parte das crianças e adolescentes não tem usufruído qualquer desses direitos previstos na Constituição, mesmo com uma boa quantidade de programas governamentais inclusivos. O adolescente em fragilidade social sujeita-se à conflitar com a legislação, ora como vítima ora como agente, e em qualquer condição identifica-se a exposição aos riscos que comprometem sua vida.

Nesse contexto, o relatório apresentado pela Unesco acerca dos critérios de vulnerabilidade dos menores na América Latina assevera que:

[...] o conceito de vulnerabilidade ao tratar da insegurança, incerteza e exposição a riscos provocados por eventos socioeconômicos ou ao não-acesso a insumos estratégicos apresenta uma visão integral sobre as condições de vida dos pobres, ao mesmo tempo que considera a disponibilidade de recursos e estratégias para que estes indivíduos enfrentem as dificuldades que lhes afetam. (ABRAMOVAY, 2002, p. 35)

Na interpretação cíclica entre Constituição, norma e condicionamentos das políticas públicas, observa-se que a violência ultrapassa as fronteiras normativas, ocasionando uma grande desproteção a esses indivíduos e proporcionando a prática de atos infracionais⁶. Por isso, cria-se um impedimento a ser alcançado pelo Estado que é a contenção desses atos que ferem à sociedade, às famílias e às instituições de modo geral.

Como violação maior, tem-se a lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente e que deve ser considerado um supra

⁶ A expressão é essa, uma vez que os menores, segundo o ECA, não cometem crimes e sim, atos infracionais.

princípio, para que todos os outros sejam atingidos. Por isso, para que tenha uma vida digna deve-se proteger um bem jurídico de maior importância e deve tornar-se efetiva e adequadamente uma garantia estatal. Nesse sentido,

Essas garantias normativas estabelecidas em diplomas legais, a rigor, são verdadeiras fontes de riqueza para o equilíbrio e preservação da ordem social se, para tal, houver a perfeita sintonia entre a vontade da lei e sua efetiva aplicação, seja através de movimentos sociais ou por meio de políticas públicas que possibilitem alcançar o desiderato pretendido. (DA PAZ, *online*)⁷

Não se pode esquecer do papel familiar no que refere ao controle para evitar a exposição dos adolescentes à própria criminalidade. Primeiro porque a Constituição diz que é dever da família e segundo, porque o ECA, em seu Art. 22 diz que:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

A responsabilidade da família, seja qual for ela, a biológica, a não biológica, a substituta, tem uma responsabilidade direta para com os filhos, por determinação constitucional e legal em razão do vínculo de dependência predefinido no Código Civil. Havendo portanto, duas responsabilidades individualizadas e complementares para por esses tutelados.

Em uma outra relação também aparece uma responsabilidade, para creches e escolas, porém com uma responsabilidade dentro da sua área de atuação. Isso significa dizer que tais instituições não estão responsáveis pela educação integral, mas sim de forma complementar, pois não têm a função de educar com exclusividade, o que na verdade, é função da família, mas de complementar essa educação. Analisando o papel dos pais na educação dos filhos, André Lacerda (2013, *online*) assevera que:

Por óbvio que o mundo de hoje não é o de antigamente em que filhos tinham um ‘temor reverencial’ aos pais e a rebeldia própria da adolescência não se confundia com filhos agredindo e até assassinando seus pais, como frequentemente tem noticiado a mídia. Entretanto, não se pode com isto simplesmente ‘lavar-se’ as mãos, atribuir a culpa de tudo para fatores fora da família e acharmos que uma solução mágica irá resolver todos os problemas inerentes à criação dos filhos da noite para o dia.

⁷ Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32543-39625-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 de fev de 2017.

Portanto, devem os pais ou os responsáveis legais educar sua prole e impor o poder familiar. Corrobora com o pensamento de que a educação trata-se de um procedimento compartilhado, e não somente da escola, mas que envolve a participação de vários atores (família, escola, sociedade). Na ausência da aplicação efetiva das normas enseja a fragilidade do equilíbrio social e gera a violação à lei, pois possibilita aos adolescentes⁸ o cometimento de infrações e consequentemente a aplicação do ECA, como medida protetiva e não punitiva, diferentemente da visão do Código Penal e dos elementos do crime.

Além disso, esses adolescentes são seres em formação e que devem ser protegidos do descaso do sistema penal brasileiro. Mais uma vez traz-se à tona a fragilidade das políticas públicas, quando se identifica que o sistema punitivo apresenta-se precário às margens da ‘falência’ institucional, o que não fica distante do sistema educacional, mesmo este tendo sido modificado a partir da Constituição de 1988, quando trouxe a obrigatoriedade de aplicação de receitas⁹ mínimas na área da educação¹⁰ e de responsabilidades compartilhadas entre União, Estados e Municípios.

Porém, cabe observar que a educação dada pelo Estado não tem caráter exclusivo, deve ser complementada pelo pais e/ou responsáveis, os quais têm uma importante papel. Mas com esses entendimento, sobressai uma indagação: Como a família pode educar se ela própria vive num contexto de vulnerabilidade?

Os filhos¹¹ copiam padrões de conduta de que convive, não só comportamentos bons, mas os ruins também. Dessa forma, se a própria família que deveria transmitir exemplos bons, vive numa situação de vulnerabilidade socioeconômica, pois não há como resguarda-se dos riscos e da violência sócias.

⁸ A partir desse momento só se falará em adolescente, pois a presente pesquisa analisa o cometimento de infrações por adolescente.

⁹ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹⁰ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

[...]

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

¹¹ Entendam que se referem aos adolescentes

Uma criança ou um adolescente que vivencia a violência dentro e fora de casa, no sentido de se propor em sua conduta uma padrão coerente e aceitável de normalidade desses atos, e entende que a violência, as agressões, as drogas, a criminalidade, a prostituição, a fome e a miséria são condutas normais, e que são praticadas normalmente, sem nenhum sentimento de erro, ou de violação de valores éticos, morais ou jurídicos. Gera-se assim, a violência social a qual encontra resguardo no ordenamento jurídico em razão da própria lei penal, diante do cometidos crimes e contravenções penais e que influenciam negativamente o convívio dos indivíduos em sociedade. E quando, a violência ultrapassa à sociedade e entra no contexto da família, atingindo às várias relações familiares existentes, é reconhecida pelo ordenamento jurídico como violência doméstica, dentre um de seus tipos¹².

A Violência, em qualquer de suas formas, praticadas por adolescentes que tem preocupado o estado brasileiro que a mortalidade de jovens no Brasil. O mapeamento da violência praticada por adolescentes no Brasil em idade entre 16 e 17 anos (utilizado o próprio critério do ECA para a definição de adolescente) apontou a incidência da mortalidade de jovens como causa da violência:

[...] as causas externas de mortalidade vêm crescendo de forma assustadora nas últimas décadas: se, em 1980 representavam 6,7% do total de óbitos na faixa de 0 a 19 anos de idade, em 2013 a participação elevou-se de forma preocupante: atingiu o patamar de 29%. Tal é o peso das causas externas, que em 2013 foram responsáveis por 56,6% — acima da metade — do total de mortes na faixa de 1 a 19 anos de idade. Só para se ter ideia do significado: no ano de 2013, os homicídios representam 13,9% da mortalidade de 0 a 19 anos de idade; a segunda causa individual: neoplasias, tumores, representa 7,8%. (WAISELFISZ, 2015, p. 9)

Nesse mapeamento a mortalidade de jovens é a primeira causa no ano de 2013, vindo em seguida o câncer. Esses dados foram analisados a partir de divulgações oficiais e registros governamentais (WAISELFISZ, 2015) e parâmetros relacionados à Organização Mundial de Saúde — OMS.

Como há um foco temporal, o mapeamento estabelece um aumento exorbitante do número de homicídio de jovens entre 16 e 17 anos, o que demonstra o aumento da violência contra adolescentes:

Na faixa de 16 anos de idade, uma de nossas preocupações, foram registradas 3.561 mortes: 2.519 (70,7%) por causas externas e 1.042 (29,3%) por causas naturais. Em razão do crescimento da participação dos homicídios com o avanço

¹² Existem cinco tipos de violência doméstica: a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, segundo a Lei nº 11.340/2006.

etário, nos jovens de 16 anos essa causa já representa 43,1% do total de mortes acontecidas em 2013. Com os jovens de 17 anos de idade, a situação é mais preocupante ainda. Em 2013 morreu um total de 4.592 jovens de essa idade; 3.453 (75,2%) por causas externas e 1.139 (24,8%) por causas naturais. Aqui os homicídios foram 2.215: 48,2%. Praticamente a metade das mortes dos jovens de 17 anos de idade foi por homicídio. (WAISELFISZ, 2015, p. 24)

Isso quer dizer, segundo os dados apresentados que das 8.153 mortes, no ano de 2013, de adolescentes entre 16 e 17 anos de idade; 73,2% por causas externas e 26,8% por causas naturais. A principal causa externa é o homicídios, que matou 3.749 (três mil, setecentos e quarenta e nove) adolescentes, representando um total de 46% (quarenta e seis por cento) de todas as mortes ocorridas nessa faixa etária, e quase a metade do total de mortes. O mapeamento finaliza com “Temos cerca de 10,3 adolescentes mortos a cada dia de 2013” (WAISELFISZ, 2015, p. 25).

Essa violência é identificada por sexo e por cor. As vítimas masculinas representam 93% (noventa e três por cento) do total das vítimas e quase 70% (setenta por cento) de negros ou pardos e na sua maioria, com baixa escolaridade. Analisando esses dados da violência contra adolescentes, verifica-se que a relação violência, problemas sociais e educação estão presentes na relação cíclica explicada anteriormente.

A situação leva o Brasil a um “ranking” degradante, posicionando-o em 3º lugar em morte de adolescentes vítimas da violência urbana, perdendo apenas para o México (1º lugar) e El Salvador (2º lugar) (WAISELFISZ, 2015, p. 65). A mortalidade é elemento presente na violência e como efeito dela, apresentam-se elevados e crescentes índices contra adolescente e praticados por eles, com dados alarmantes e que precisam ter um outro olhar sem tolerância ou ainda diante de qualquer aceitação como se verifica atualmente, pois é como se existisse uma calamidade advinda da violência na sociedade brasileira e os adolescentes são os protagonistas.

Há uma trivialização dos atos de violência e de condescendência do poder público quando da prática de crimes cometidos por adolescentes, ou pelo menos as diretrizes do ECA não propõem uma solução efetiva à situação. Por isso, não seria de se esperar que a violência seja manifestada na sociedade iria se inserir no contexto doméstico com a participação efetiva de adolescentes e reciprocamente com os seus responsáveis, que tem que ser observado, pois essa problemática tem afligido as famílias, pois quando a violência entra dentro de casa, medievaliza as relações familiares.

3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

A violência doméstica e familiar têm sido crescente no Brasil a motivar a prática de crimes hediondos¹³. Esses crimes representam ações ou omissões baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, desde que praticado no âmbito doméstico, familiar ou face qualquer relação íntima de afeto, desde que o agressor conviva ou tenha convivido com o ofendido. A denominação do crime de violência doméstica foi estabelecido pela Lei Maria da Penha e posteriormente especificado sob outras formas de violência familiar, em tipos penais previstos na legislação, desde que cometidos diante das circunstâncias estabelecidas pela lei, e expressa sob as mais diversas formas de violência como a psicológica, sexual, moral ou patrimonial¹⁴, já que o surgimento da lei tinha como propósito a proteção da mulher face à violência doméstica.

No entanto, a lei também estabelece a sua aplicabilidade independente de uma orientação sexual (homoafetivo, homossexual, heterossexual), cabendo, portanto, uma interpretação extensiva à aplicabilidade da lei, desde que seja adequada e protetiva dentro das hipóteses de violência doméstica e não só na proteção da mulher vítima de violência.

¹³ São crimes que possuem uma desvalorização axiológica como crimes graves que causam aversão à sociedade. A descrição dos crimes hediondos está prevista na Lei nº 8.072/90.

¹⁴ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

3.1 Sucinto Histórico da Lei Maria da Penha: as razões de sua existência

O nome dado à Lei nº 11.340/06 foi em homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, a qual foi vítima de homicídio na forma tentado, por duas vezes, por seu marido, Marco Antônio Herredia Viveros. Ela lutou por 20 (vinte) anos para ver seu marido preso.

Em 1983 ela sofreu a primeira tentativa de homicídio com um tiro nas costas enquanto dormia, e ele tentou forjar um assalto em sua própria casa. A segunda tentativa ocorreu quando seu marido tentou empurrá-la de sua cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro. O primeiro julgamento ocorreu em 1991, e a defesa conseguiu anular o referido julgamento. Em 1996, Marco Viveros foi julgado a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão, mas ficou solto até o julgamento do recurso.

A luta de Maria da Penha continuou, mesmo o agressor solto, foi quando conseguiu enviar o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos — OEA, a qual acatou a denúncia de violência doméstica, foi quando em 2002 Viveiro foi preso para cumprir 2 anos de prisão.

Esse caso levou o Brasil a ser condenado pela OEA por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Depois disso, definiu-se um projeto de lei sendo a violência doméstica manifestada sob diversas formas a criação de medidas protetivas para reduzir e prevenir a violência doméstica. Somente em 1996, a Lei Maria da Penha entra em vigor com o propósito de se dar um tratamento aos crimes cometidos contra mulheres e identificando as diversas formas de violência. Outra perspectiva que a lei instaura é que os atos de violência contra a mulher são violência de gênero identificando uma maior proteção à mulher. Na introdução do texto aprovado estabelece que a lei:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2006).

A lei traz a descrição da violência doméstica nos termos de convenção internacional, a qual determina a criação de uma jurisdição específica e altera a legislação processual. Nela propõe-se a identificação do gênero, que são ca-

racterizadas as especificidades próprias do gênero mulher, não numa visão diferenciada, sob pena de violar o princípio da isonomia, mas distinguindo a condição biológica da mulher da condição masculina, principalmente pela compleição física.

Essa questão é de fundamental importância na determinação legislativa e forma de se identificar a violência doméstica ou familiar de forma pré-definida. Posteriormente, o Estado brasileiro institucionalmente criou a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, vinculado ao Ministério da Justiça e da Cidadania.

3.2 Violência Doméstica e Violência Familiar

A lei traz as duas denominações: violência doméstica e violência familiar e considera violência no âmbito doméstico como aquela compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar¹⁵, inclusive as esporadicamente agregadas (inciso I, do Art. 5º). Já a violência familiar compreende a violência quando praticada no âmbito de uma relação formada por indivíduos que se consideram parentes (biológicos ou não) (inciso II, do Art. 5º). O inciso III do citado artigo traz referência à violência conjugal, identificado como uma relação de afeto e íntima, com ou sem convivência, ou seja, com ou sem coabitação (inciso III, do Art. 5º).

A lei automaticamente amplia o conceito de família e a interação de uma pessoa com ela, a vincular o elemento afeto nessas relações, fugindo à expressão casamento e utilizando ‘relação íntima de afeto’, numa valoração socioafetiva. A prospecção legal desde sua entrada em vigor já estabelecia a sua aplicabilidade em qualquer espécie de violência e em qualquer relação afetiva familiar de forma a alcançar qualquer de seus membros.

Esse pensamento corresponde ao conceito de família proposto pela Constituição Federal de 1988 que compreende o conceito de família em seu amplo sentido, correspondendo a qualquer dos pais e seus descendentes e ou a união estável entre homem e mulher, dentro princípio da igualdade, nos termos previstos pela norma constitucional (Art. 226).

Há um reconhecimento jurídico pelo Estado do amplo conceito de família o que chega a alcançar o elemento afetivo. E como diz Maria Berenice Dias (2009, p. 324):

¹⁵ Essas expressões são utilizações da própria lei que foram transcritas no texto.

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

Nesse elo que fundamenta as relações familiares mantém a própria dignidade dos indivíduos (princípio da dignidade da pessoa humana). Por isso, o sentimento afeto é a bússola de orientação da família, passando a ter um valor jurídico e relevante na composição familiar (MADALENO, 2006, p.148, *apud* GAGLIANO e PAMPLONA, 2011, p. 635).

A família afetiva envolve qualquer de seus membros e deve está segura de qualquer forma de violência de terceiros e de seus próprios integrantes. Nesse pensamento e retornando à existência da velha violência social que passa à coletividade e que a traz para dentro de casa, contaminando seus integrantes e passando, de forma sucessiva, aos familiares, pois quem já sofreu violência na infância e viveu com a violência de seus pais, certamente reproduzirá a violência (violência intergeracional) em casa e nas relações sociais, e principalmente na figura masculina¹⁶.

Um outro fator que identifica a violência familiar decorre da relação de poder hierarquizado de quem o tem na família, demonstrado pela força. Psicologicamente isso reflete nas relações familiares. Então vejamos:

Nesse contexto, torna-se de fundamental importância compreender o sistema familiar. Segundo a Teoria Bioecológica de Desenvolvimento Humano, preconizada por Urie Bronfenbrenner, a família é uma unidade funcional, isto é, um microsistema onde as relações devem ser estáveis, recíprocas e com equilíbrio de poder entre os diversos papéis. Essa teoria propõe que o desenvolvimento humano consiste em um processo de interação recíproca entre a pessoa e o seu contexto através do tempo. Além disso, o desenvolvimento humano é impulsionado por forças que emanam de múltiplos contextos e das relações entre eles, comportando padrões de estabilidade e de mudanças nas características biopsicológicas dos seres humanos em suas vidas através das gerações. (DE ANTONI, BATISTA, 2014, p.27)

Caso não haja uma vigilância estatal na situação de se permitir essa violência, o Estado acaba trazendo pra si essa responsabilidade, pois a negligência estatal é considerada uma forma de violência. Por toda essa digressão ao conceito de família, serve para fundamentar a diferenciação entre violência doméstica e violência familiar.

¹⁶ Por isso se identifica a violência de gênero.

Em que a violência doméstica e violência familiar, nos termos legais tem a sua distinção estabelece-se pela violência decorrente do convívio no mesmo espaço, com ou sem vínculo familiar, enquanto que a violência familiar alcança os integrantes da família. Isso porque a violência doméstica tem uma amplitude maior de atingidos, diferentemente da familiar que traz um contorno mais restrito.

3.3 Violência Familiar praticada por adolescente: contornos sócio-jurídicos

A adolescência é período de transição que o indivíduo passa entre a infância e a fase adulta, cheia de transformações psicológica, hormonal, física, mental, sexual e social e “pelos esforços do indivíduo em alcançar os objetivos relacionados às expectativas culturais da sociedade em que vive” (EISENSTEIN, 2005, *online*). A definição estabelece-se num critério cronológico¹⁷, etário como o definido pela OMS que considera adolescente o indivíduo entre 10 e 19 anos, já a ONU traz a definição de adolescente como sendo o indivíduo entre 15 e 24 anos. Esses critérios etários têm fins estatísticos e políticos. (EISENSTEIN, 2005, *online*).

O Ministério da Saúde no Brasil em suas políticas utiliza o critério etário entre 10 e 24 anos¹⁸, isso porque há uma separação das políticas públicas na área de saúde em razão de critérios propostos segundo as necessidades.

No entanto, esse referencial não é o critério legal previsto no o ECA, em seu Art. 2º. Ainda que se estabeleça um limite da maioridade sob a perspectiva penal e civil (de 18 anos), o ECA, em situações excepcionais utiliza o critério etário de extensão, determinando a aplicação do ECA até os 21 anos, como ocorre no Art. 121. Senão vejamos:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

¹⁷ “As concepções ligadas à idéia de juventude e adolescência como fases da vida numa concepção geracional, assim como um momento de vida, um período de transição entre a infância e a vida adulta, entre a dependência e a maturidade, trazem compreensões que corroboram, de certa forma, o recorte etário” (SILVA, LOPES, 2009, p. 89).

¹⁸ Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/518-sas-raiz/dapes/saude-do-adolescente-e-do-jovem/11-saude-do-adolescente-e-do-jovem/10465-apresentacao>. Acesso em: 1 de mar de 2017.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º **Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.**

§ 4º **Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de de liberdade assistida.**

§ 5º **A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.**

§ 6º **Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido Ministério Público.**

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária. (grifo nosso)

A Constituição¹⁹ quanto à fruição dos direitos políticos, estabelece uma cidadania facultativa após os 16 anos até os 18 anos incompletos²⁰ e complementa no Art. 228 a imputabilidade penal até os 18 anos incompletos. Senão vejamos: “São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Já parte-se do princípio de que o adolescente não comete crime e sim ato infracional e sujeita-se, não a uma pena, mas a medidas socioeducativas²¹.

Entre todos os critérios que levam em consideração diversos parâmetros (biológicos, psicossociais, maturidade, cronológico, clínico ou qualquer outro), o critério adotado é o critério jurídico, o qual encontra fundamento na Constituição e na legislação infraconstitucional.

O adolescente²² insere-se no conceito penal e imputável e recai sobre ele a legislação especial, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, como norma de especial para tutelar possíveis infrações penais cometidas. Cabe aqui comentar que a terminologia menor a qual não é mais adequada para se referir ao adolescente, de forma que a expressão,

Associava-se a proteção ao controle penal, criando a categoria “menor” para aqueles que necessitavam de alguma assistência. Fossem os “abandonados”, fossem aqueles que cometiam algum ato infracional — os infratores, ambos eram

109

¹⁹ “Do ponto de vista legal, até então, as questões relacionadas à infância e à juventude eram tratadas pelos demais Códigos Civis e Penais - tal como o Código Penal de 1890, que considerava não criminosos os menores de quatorze que obrassem sem discernimento”. (SILVA, LOPES, 2009, p. 99)

²⁰ Art. 14, inciso II, alínea C.

²¹ Segundo a Súmula 108, do STJ: “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

²² “A Política Nacional do Bem-Estar do Menor é atualizada com o Código dos Menores de 1979, que formalizou a concepção “biopsicossocial” do abandono e da infração e explicitou a estigmatização das crianças pobres como “menores” e delinquentes em potencial através da noção de “situação irregular”. Tratando-se, pois, da manutenção do conceito já estereotipado” (SILVA, LOPES, 2009, p. 99). Faz-se uma digressão histórica da inserção do adolescente que passa por transformações até a edição do atual ECA.

taxados de “menores”. Configurava-se como uma legislação apenas para esses “menores”, ou seja, para os que tinham “menoridade social”, crianças e adolescentes pobres (LOPES, SILVA e MALFITANO, 2006, p.117).

O adolescente, mesmo inimputável, recai sobre ele uma legislação específica e que deve atender ao princípio da proteção integral, de forma que qualquer medida que venha a ser tomada em relação ao adolescente será sob essa tutela protetiva. Nessa violência social que se encontra inserido o adolescente, ele absorve as condutas, estereótipos e se envolve dentro de uma sociedade de criminalidade a qual assola o país. Fatores ainda como a violência intergeracional possibilitam o menor de absorver a violência como “estilo de vida” e desse problema não se está mais a alcançar a existência de políticas públicas capazes de proteger o menor.

Há, portanto, uma insegurança social causada pelos adolescentes que envoltos na criminalidade, no tráfico de drogas, tráfico de armas e outras degenerações sociais, que o Estado brasileiro, nem a sociedade, não têm encontrado mais respaldo nas proteções do menor. Isso não seria diferente dentro das relações familiares, de forma que a turbulência cíclica da violência tem sido um fenômeno incontrolável. Nem o próprio estado tem suportado a aplicação das medidas socioeducativas previstas no ECA.

O adolescente²³ que comete violência familiar ou violência doméstica não responde pela prática do crime, mas por ato infracional o qual insere-se também no conceito de violência e deve ser afastado do convívio familiar e social, como estabelece a Lei Maria da Penha, com restrições utilizadas pelo ECA. Em lúcido acórdão, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

É evidente que uma sociedade organizada deve coibir a violência parta de onde partir, inclusive dos jovens, não podendo desconsiderar os direitos individuais e sociais indisponíveis, particularmente a vida e a segurança, freqüentemente ameaçadas também por adolescentes. Por outro lado, considerando a situação peculiar de pessoa em formação e em desenvolvimento, a resposta do Estado ao juízo de reprovação social deve ser exercida com moderação e equilíbrio, sem, no entanto, minimizar as conseqüências decorrentes do ato infracional, de molde a não inculcar no adolescente infrator a idéia da impunidade. Pois seria negligenciar a verdade e fechar os olhos à realidade não admitir que também os menores podem ser criminosos. Em casos que a sua segregação se impõe não apenas a mera medida socioeducativa, mas também e principalmente como proteção da

²³ Quando o infracional cometido por criança, até 12 anos incompletos, aplicam-se as medidas de proteção e o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar — Art. 105, do ECA, e, quando cometido por adolescente, o órgão responsável é a Delegacia da Criança e do Adolescente e, posteriormente, encaminha à Justiça.

Seja crime (incluem-se também as contravenções penais)²⁴ ou ato infracional²⁵, considera-se violação a direitos subjetivos, patrimoniais ou à própria ordem pública e tem que ser banida, pois não pode ser encarado como sendo um ato de impunidade, mesmo porque possuem os mesmos elementos de um crime ou contravenção penal: tipicidade e antijuridicidade, exceto a culpabilidade, em razão da imputabilidade penal, que começa aos 18 anos. Essa imputabilidade não tem condão de retirar do infrator a capacidade de cometer atos infracionais, tanto é que pode ser a ele aplicada qualquer das medidas previstas no Art. 112, do ECA: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional.

Isso nos leva a um entendimento de que o processo de aplicação das medidas previstas no ECA, surgirá com todos os princípios corolários do devido processo legal, como descreve a Constituição e que se aplicam às sanções ali previstas, observando a descrição da Súmula 108, do Superior Tribunal de Justiça-STJ. Existem aspectos de sanção e reprovação educativos, pois deveria proporcionar uma forma de reinclusão social, mesmo não sendo considerados tais atos como penas ou castigo.

Essa reprovação educativa do adolescente observa o princípio da brevidade, onde o adolescente deve ser privado de sua liberdade pelo menor tempo possível (aos 21 anos será compulsoriamente colocados em liberdade), e no máximo por até 3 (três) anos, com avaliação a cada 6 (seis) meses. E, se o ato infracional tiver sido cometido mediante violência ou grave ameaça, ou na hipótese de reincidência em infrações graves²⁶.

O outro princípio é o da excepcionalidade, de forma que a privação da liberdade do adolescente é, segundo o ECA, uma medida de grande excepcionalidade, e o outro princípio é o da condição especial em desenvolvimento que se encontra o adolescente (DEL-CAMPO *et all*, 2005). É evidente que, na hipótese de cometimento de infração no seio familiar, deve-se ter em mente a

²⁴ Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

²⁵ Art.103, do ECA diz que: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

²⁶ São assim consideradas as apenadas com reclusão.

existência dessas peculiaridades do ECA e da Lei Maria da Penha para que a vida e a segurança assim ameaçadas na família, pelo adolescente, seja preservada e por outro lado, a permanência da concepção da condição de indivíduo em formação que representa o adolescente.

Mas, essas medidas adotadas pelo ECA como também pelo sistema social brasileiro não põem a salvo a coletividade ou a família vítima de violência causado por adolescente, ao contrário, têm demonstrado que tais medidas só têm agravadas as condições do adolescente (menor-infrator) e preparando-o para um delinquente adulto. Regressa-se aqui, a questão da violência social ocasionada pelo Estado e subsidiada pela família (pela violência intergeracional) com a intenção de se decifrar a violência engessada na mente dos adolescentes de hoje. Por isso, Minayo (2010) diz que a ideia de violência não faz parte da natureza humana e nem muito menos tem raízes biológicas, o que se conclui que ela se origina de um complexo e dinâmico fenômeno biopsicossocial.

E, essa violência social tende a dominar cada vez mais a sociedade brasileira e as famílias, proporcionando mecanismos de redução de expectativas de uma vida com liberdade e tranquilidade, o que acarretam a existência de uma nova proposta de melhoria na mudança social e cultural da coletividade, sob pena de se chegar a um caos social. No seio familiar, os adolescentes vivem uma situação de amplo desrespeito aos seus pais, irmão, parentes e conviventes, rodeados de vários fatores sim, pois a droga, o tráfico, a miséria, a pobreza, a desigualdade, dentre tantos outros corroem a paz familiar.

E no dizer de Santos (2009, p.242), “A cidade contemporânea é perigosa, na medida em que a globalização a divide em fragmentos antagônicos, transformando-a em um conflito de forças e interesses”. E porque não identificarmos que esse perigo está a alcançar a âmbito familiar? Claro que sim. A violência social contamina as famílias e envolve de insegurança as pessoas que nela convivem.

4 APLICA-SE A LEI MARIA DA PENHA OU O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMETIDA POR MENORES NO ÂMBITO FAMILIAR?

Dois pontos devem ser referendados no presente momento. O primeiro deles é a própria análise da Lei Maria da Penha, trazendo uma identificação e características de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, e o segundo ponto é a compatibilidade e adequação da Lei Maria da Penha quando

o agressor é adolescente. A Lei nº 11.340/06 veio com o intuito de dissipar as consequências devastadoras que rondavam as relações familiares, principalmente quando a violência estava na prática de atos silenciosos como a violência emocional e que atingia a parte mais vulnerável, a mulher na sociedade²⁷.

Em março de 2005, foi apresentado o *Relatório de Pesquisa Violência Doméstica Contra a Mulher, pelo Senado Federal, através da Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública*.

Dentre todos os tipos de violência contra a mulher, existentes no mundo, aquela praticada no ambiente familiar é uma das mais cruéis e perversas. O lar, identificado como o local acolhedor e de conforto passa a ser, nesses casos, um ambiente de perigo contínuo que resulta num estado de medo e ansiedade permanentes. Envolta no emaranhado de emoções e relações afetivas, a violência doméstica contra a mulher se mantém, até hoje, como uma sombra em nossa sociedade²⁸ (BRASIL, 2005).

No entanto, a violência em qualquer forma de sua manifestação tem sido repulsivamente excluída das relações sociais e combatida pelo Estado, pela sociedade e pela família. Mesmo assim, a vulnerabilidade de pessoas na prática de atos de violência como mulheres, crianças, adolescentes e idosos, propõe medida de expurgo, mesmo se sabendo que a violência historicamente é considerada como um fenômeno do processo civilizatório (MARTY, 2006, p. 9).

Ainda que se entenda como sendo parte da evolução das sociedades, hodiernamente, as relações sociais têm sido protegidas de qualquer forma de violência, principalmente no seio familiar.

Em estudo realizado acerca da violência familiar levando-se em conta a categoria de gênero e de geração, Pereira Gomes et al (2007, p. 507) dizem que,

Percebe-se, portanto, que só a partir de estudos sobre a temática família é que se revela o caráter intergeracional da violência doméstica, e que se reconhece este fenômeno enquanto ato moralmente condenável, justificando, a partir daí, a intervenção do Estado. Nesta perspectiva, a violência se configura enquanto um processo de dominação e demonstração o de poder que emerge da dinâmica familiar, trazendo repercussão para toda família que a compartilha.

²⁷ Mesmo diante de todo um aparato constitucional que permeia a isonomia, a vulnerabilidade da mulher encontra razões em seus parâmetros biofísicos e psicológicos.

²⁸ Disponível em: <http://www.mpdfp.mp.br/portal/index.php/ncleos-sectionmenu-308/209-nucleo-de-genero/639-comentarios-a-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 03 de mar de 2017.

E isso se torna claro na própria definição trazida pela Lei nº 11.340/06 ao estabelecer em seu Art. 5º a compreensão espacial do âmbito doméstico e a identificação das espécies de relações existentes, já explicado anteriormente.

Ora, a delimitação espacial na definição de violência doméstica alcança inclusive relações esporadicamente estabelecidas, o que pode incluir a violência conjugal ou diante de qualquer relação de afeto, no qual o agressor conviva permanentemente ou eventualmente com a pessoa ofendida.

Calha, portanto, a asserção de que,

[...] poderão ser autores de infrações penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher não apenas os cônjuges ou companheiros, amásios, concubinos, namorados ou amantes, mas os próprios filhos, pais, avós, irmãos, tios, sobrinhos, enteados, padrastos etc, pois a lei não restringe o tratamento mais rigoroso nela previsto a um sujeito ativo específico e determinado. Isso não quer dizer que toda e qualquer agressão contra a mulher dentro de casa irá caracterizar violência doméstica e familiar, pois é necessário que haja alguma espécie de vínculo doméstico ou familiar entre agressor e vítima para que se justifique a aplicação da lei. (NOGUEIRA, 2014, *online*)

114 E, em dispositivo contíguo, a lei manifesta a violência doméstica como sendo a violação dos direitos humanos (Art. 6º²⁹), e traz como elemento maior que se acha, enfatizando seu confronto quando cometida a violência por adolescente. Porém, a violência doméstica ou familiar independe de quem a comete, possui 3 (três) fases. Na primeira fase, ocorre na construção na tensão do relacionamento”. Nesse momento, a vítima tenta acalmar o agressor, e acredita que tudo pode melhorar. Na segunda fase, ocorre a chamada “Explosão da violência — descontrole e destruição” marcada por agressões mais graves e a relação se torna inadministrável e tudo se transforma em descontrole e destruição com incidentes mais violentos. Nesse momento, a vítima não mais suporta, mas o medo se sobressai a qualquer outro sentimento como raiva, arrependimento ou ansiedade. Na terceira fase, denominada de Lua-de-Mel — Arrependimento do agressor após a violência física e passa a prometer que nunca mais vai fazer e implora o perdão (BRASIL, 2005). Da mesma forma que ocorre com a mulher, vítima de violência doméstica, a violência cometida por adolescente também passa por essa fase até chegar a total descontrole da vítima.

²⁹ “Art. 6º - A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

Via de regra, esse comportamento quando do adolescente na violência doméstica ele vem acompanhado do uso de dependentes químicos e da influência cultural que vivencia. Aí, a questão coloca-se diante da prática de um ato infracional e não de um crime, sem se excluir, é claro, dos mecanismos de punição, os quais, de forma específica, encontram embasamento no princípio da especialidade, pela natureza do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sistemicamente analisado com a inserção da lei penal (Código Penal), enquanto regra geral, o qual trata o menor como inimputável, diante da adoção do critério cronológico³⁰ e determina a aplicação de lei específica. Nessa linha de pensamento, o ECA determina a aplicação de medidas socioeducativas, internação como última *ratio*, mas sem um punição penal.

Nesse sentido, a discussão basicamente recai sobre a aplicação de uma norma especial, no caso o ECA, e de uma exclusão de uma outra norma especial que é a Lei Maria da Penha. Há um aparente conflito de norma entre a Lei Maria da Penha e o ECA.

A solução vai ser identificada na utilização da interpretação normativa e seu alcance com a utilização dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, como mecanismos interpretativos e de aplicação de um conflito aparente e sua resolução. Ao se buscar o significado de cada um dos princípios mencionados, devem ser observadas a eficácia e a abrangência no caso concreto, pois a norma geral é afastada na incidência de norma especial, conforme o brocardo *lex specialis derogat legi generali*³¹.

A norma subsidiária acaba por descrever um grau menor de violação do bem jurídico tutelado, ou seja, um fato menos amplo e menos grave, que definido como delito autônomo é também compreendido como parte da fase normal de execução de crimes mais grave.

E, assim, sendo cometido o fato mais amplo, duas normas incidirão, a que define o fato e a que descreve apenas parte dele, pois a norma primária, que descreve o ‘todo’, absorverá a norma subsidiária (com menor amplitude), pois esta cabe na primeira norma.

Nesse contexto, a norma primária não é especial, é sim mais ampla.

E, na visão de Néelson Hungria (*apud* LAURIA, 2010, p. 12) elucida as diferenças entre este princípio e o da especialidade:

³⁰ Apesar da inimputabilidade possuir outros critérios estabelecidos no Código Penal.

³¹ A lei especial revoga a lei geral.

[...] a diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que nesta, ao contrário do que naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie e gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa, a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como soldado de reserva, e aplicar-se pelo *residuum*.

Já pelo princípio da consunção ou da absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou uma fase de preparação ou de execução de outro crime, dessa forma, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendida em outra norma mais abrangente, aplicando-se somente esta (BITENCOURT, 2012).

Mas analisar a utilização das duas normas, com a coexistência harmônica são os critérios que definem a compatibilidade ou não da utilização da Lei Maria da Penha ao agressor adolescente.

4.1 Argumentos favoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha ao adolescente

A Lei Maria da Penha, em diversas passagens, refere-se ao sujeito ativo da violência doméstica como agressor, ou seja, pode ser qualquer pessoa independentemente de sua idade, o que possibilita a inclusão do adolescente como sujeito ativo da violência, pelo menos em tese.

E, quando o adolescente comete um ato infracional (e não um crime de violência doméstica) contra a mulher, no âmbito familiar, torna-se um agressor, podendo ser a ele (enquanto adolescente, independente do gênero) aplicadas as medidas protetivas de urgência descritas na Lei n.º 11.340/06, de acordo com cada caso, e, de forma subsidiária, o normativo do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) seja observado.

Ressalta-se que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, nestes casos, é, também, uma forma, considerando as proporções, eficaz de agir para o fim da violência doméstica e familiar, posto ser esta violência uma realidade alarmante do nosso cotidiano que, por muitas vezes, fica no “silêncio das paredes” sem ser imputada nenhuma responsabilização ao caso.

Basta para o caso que o adolescente esteja na relação do vínculo afetivo-familiar, entendendo, que o adolescente independente de seu gênero, pode ser o agressor deste ato infracional, nos termos da Lei n.º 11.340/06, já que não menciona nenhuma observação ou exceção sobre sua aplicabilidade para o agressor adolescente. Ora,

Do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), podem ser invocados todos os dispositivos que se referem à proteção da criança e do adolescente, na condição de vítimas de violência. Já quando forem eles os autores de violência doméstica e, portanto, autores de atos infracionais análogos aos crimes, aplicam-se os dispositivos do Estatuto, bem como segue-se a competência dos Juizados da Infância e da Juventude. Embora sejam ambas as jurisdições consideradas órgãos da justiça ordinária, incide, na hipótese, o disposto no art. 79, II, do Código de Processo Penal, que atribui preferência à justiça de menores. (CARVALHO, 2009, p. 68).

Em 2011, a Comissão Permanente da Infância e da Juventude-COPEIJ³² aprovou o enunciado de que:

Nos casos de Adolescentes que cometam atos infracionais em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher a aplicação das medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha, nos termos do seu art. 13, exclusivamente pelo juízo da Infância e Juventude, observando-se nos casos concretos a real situação de vulnerabilidade da vítima e resguardada a proteção integral do adolescente prevista no ECA.

A utilização da lei é cabível, só que o juízo competente é o da Vara da Infância e Juventude, mas sem negar a sua aplicabilidade, levando a prevalência do ECA e pelo juízo da infância e do adolescente

Outra justificativa que pode ser observada é que a natureza da Lei Maria da Penha, pois

Comumente, a doutrina não tem debatido a natureza jurídica da Lei Maria da Penha. E a natureza jurídica importa para os fins de conhecermos a afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação. A Lei Maria da Penha não é norma penal incriminadora. Ela não criou normas de Direito Penal, mas regulamentou normas de processo penal e processo civil. (FONSECA, 2012, p.38)

Ora, se a natureza é educativa sua aplicabilidade é cabível ao adolescente, como ocorre com o ECA, a Lei Maria da Penha também. Ainda, são normas de mesma hierarquia, de mesma proteção e de cabíveis aplicabilidade, e mais, tonando-se norma (Lei Maria da Penha), posterior à ao ECA. Esse entendimento encontra respaldo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³³ (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), a qual estabelece que a revogação pode ser expressa ou tácita e pode ser ainda total, ab-

³² Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1549>. Acesso em 22 de set de 2016.

³³ A denominação dada pela Lei nº12.376/2010 substituindo a expressão Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

rogação, ou parcial, derrogação. E, como a lei nova (Lei Maria da Penha) estabelece regras sobre violência doméstica a par da já existente.

E mais, o Art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, não havendo nenhuma antinomia. Sendo assim, não há que se falar em incompatibilidade entre os dois textos, uma vez que são perfeitamente cabíveis.

A Lei Maria da Penha será aplicada quando a violência for praticada por adolescente inclusive as relacionadas ao afastamento do lar. Nesse caso, a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA, que estabelece a família substituta. Além disso, são duas leis específicas e não uma geral e outra especial.

4.2 Argumentos desfavoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha ao adolescente

Em contrapartida, existem também os argumentos contra essa aplicabilidade, fundamentados no Princípio da Prioridade Absoluta e na Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente, além da incompatibilidade normativa em razão da especialidade.

Mesmo que tais princípios fossem afastados, ainda estariam os adolescentes coberto pela a nossa Carta Magna de 1988, que no seu Art. 227, §3º, determina expressamente a proteção especial ao adolescente, segundo a legislação tutelar específica, a saber, o seu próprio estatuto (ECA) e não a Lei Maria da Penha ou qualquer outra.

A proteção baseia-se na Condição peculiar de desenvolvimento e hipervulnerabilidade da criança e do adolescente, pois se sofrer qualquer dano, gerará consequência irreversíveis pela hipervulnerabilidade biopsíquica e em razão disso lhe são garantidos prioridades absolutas.

Já o princípio do melhor interesse da criança assegura, segundo a diretriz constitucional, que, em qualquer situação ou problema que envolva crianças ou adolescentes, a alternativa a ser buscada a satisfazer tais direitos, devem estar sempre em primeiro lugar. Ora, esses princípios devem embasar toda e qualquer interpretação protetiva quando envolver crianças ou adolescentes.

Além disto, é importante observar que o jovem infrator é tão hipossuficiente quanto a mulher adulta agredida, mas em face da peculiar condição de desenvolvimento, requer um tratamento jurídico, assistencial e psicológico especial.

O art. 227, caput, da CF, determina como sendo um dever da família, com absoluta prioridade, a colocação de crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão. É no mesmo sentido a ordem estatutária (art. 5º, ECA), ao consagrar a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta no trato com crianças e adolescentes. Mesmo que desconsiderássemos o princípio constitucional da Prioridade Absoluta e a Doutrina da Proteção Integral, relativamente ao ato infracional, não se pode ignorar o disposto no art. 227, § 3º, CF, o qual determina expressamente a proteção especial ao adolescente, por meio da qual tem ele a garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional (...) segundo dispuser a legislação tutelar específica (inc. IV).

Obviamente, a 'legislação tutelar específica' a que se refere o texto constitucional a ser aplicada ao adolescente infrator é o Estatuto da Criança e do Adolescente e não a Lei Maria da Penha ou outra qualquer.

Como se não bastasse, observamos que todos os princípios que dão suporte à Lei Maria da Penha — dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e solidariedade — igualmente amparam o adolescente, mas a recíproca não é verdadeira. Ou seja, não se aplica à mulher vitimada os Princípios da Prioridade Absoluta e nem a Doutrina da Proteção Integral. (FONSECA, 2012, p.46)

119

O princípio regedor é o da proteção integral ao adolescente com esteio no princípio constitucional da Prioridade Absoluta e a Doutrina da Proteção Integral, o que impede a aplicação normativa da Lei Maria da Penha, e no dizer de Emilio Garcia Mendez (2000, p. 18) o ECA é uma resposta adequada, eficiente e consonante com os mais altos padrões internacionais de respeito aos direitos humanos, assegurando a segurança coletiva da sociedade e o respeito às garantias dos indivíduos sem distinção de idade.

A outra justificativa que impede a aplicação da lei Maria da Penha, ao invés de se aplicar é o real fundamento de especialidade do ECA. Não que a proteção da violência doméstica não seja importante. Não é isso, é a questão da própria especialidade, com uma proteção hipervalorada que deve ser observada. São, *a priori*, assunto diversos, mas que podem ser analisados quando o ato praticado ocorra pela conduta de um adolescente.

A absoluta prioridade do menor estabelece primazia, precedência, preferência e destinação privilegiada para a satisfação dos interesses do adolescente

(e da criança)³⁴. Em razão disso, não caberia a aplicação de uma outra legislação dada a especificidade. Ou seja, a prioridade absoluta para o adolescente não pode ser mitigado por outra legislação, mesmo sendo de idêntica hierarquia (lei federal e especial).

Para Daniel Hugo d'Antonio (*apud* ELIAS, 2009, p. 8) o comprometimento da prioridade absoluta corresponde à uma violação da política integral das crianças e adolescentes. Ao contrário deve harmonizar-se com a política familiar, já que a família é o elemento básico formativo que prepara a criança e o adolescente à vida adulta. Portanto, há uma prevalência desse princípio de forma a mitigar a aplicação da Lei Maria da Penha quando existência de violência doméstica praticada por adolescente.

4.3 A Lei Maria da Penha e o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA: o que aplicar? Cabível à conjugação de leis?

A subsunção da norma ao fato é de fácil aplicação quando se estabelece uma tipicidade na hipótese do Direito Penal ou do Direito Tributário, isso porque o caso concreto se adequa à norma legal em abstrato. Essa situação não pode ser aplicado ao caso que se discute no presente trabalho. O que pode ser estabelecido, no entanto, é o enquadramento jurídico dos fatos à norma regulamentadora, para que se possa estabelecer acerca da possibilidade de aplicação da norma (ECA ou a Lei Maria da Penha), na hipótese de crime de violência doméstica cometida por adolescente. Para o Direito Penal a questão torna-se ainda melhor, pois se for para beneficiar o réu, pode ser aplicada. Nesse sentido, Assis Toledo (1991, p.36) diz que:

Questão polêmica é a de saber se, na determinação da lei mais benigna aplicável, pode o juiz tomar os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, combiná-los e aplicá-los ao caso concreto, de modo a extrair o máximo benefício resultante da aplicação conjunta só dos aspectos mais favoráveis de duas leis.

Como parte-se do pressuposto de que o adolescente não comete crime e sim infração a questão da combinação de leis não teria cabimento nessa hipótese. Outra questão de relevância que merece ser abordada, é acerca da combinação de leis e o ferimento do princípio da separação de poderes, sob pena do Judiciário legislar e violando as funções legiferantes do Poder Legislativo. Novamente essa hipótese nos leva a questões relacionadas ao Direito Penal, que

³⁴ Art. 4º, do ECA.

esse entendimento pode existir se for com relação à leis de tráfico de entorpecentes e benefício do réu, mas para outras questões não podem ser utilizadas³⁵, sob pena de se ferir a separação entre os poderes do Art. 2º³⁶, da Constituição Federal.

No entanto, as interpretações para aplicação do direito apresentam-se dogmáticas das mais variadas, e à especificidade do tema, não devemos nos ater à matéria penal, mas à problemática envolvendo a conjugação de leis (pelo menos no caso, podemos dizer que tais leis têm caráter híbrido (civil e penal).

Na conjugação de leis, o juiz não cria uma nova lei, e nesse sentido temos o seguinte posicionamento de que se gera uma integração necessária do ordenamento jurídico: “Somos da opinião de que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultratividade e retroatividade benéficas” (GRECCO, 2005, p. 128). E mais, estaria a atender aos princípios de equidade da própria Constituição e dar maior concretude normativa aos fatos, de forma que,

Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima (MARQUES, 1954 p. 192)

121

Por isso, comunga-se de que a combinação de leis não se estabelece para a criação de uma nova, porém, para se movimentar dentro do campo da legalidade de leis existentes, estabelecendo-se uma integração mais legítima da atuação do Estado-Juiz.

³⁵ AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM MEDIANTE DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 E ARTIGO 12 DA LEI 6.368/76. VIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ambas as Turmas que integram a 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça se tem manifestado no sentido de ser possível a concessão de ordem de habeas corpus mediante decisão monocrática. Precedentes.

2. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, em caso análogo ao dos presentes autos, reafirmou o entendimento no sentido de ser possível a combinação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 com o artigo 12 da Lei 6.368/76.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(AgRg no HC 119.429/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 22/03/2010)

³⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Outra coisa que possibilita a combinação das leis (ECA e Lei Maria da Penha) é que as referidas normas necessitam de se promover a combinação, de uma e de outra, o adolescente, com a aplicação do ECA e a violência doméstica, a aplicação da Lei Maria da Penha. Com isso fica claro que na hipótese em que se discute, o juiz não estaria “criando” uma terceira lei, um *tercius genius*, apenas aplicando as partes cabíveis de cada uma, já existente no ordenamento jurídico vigente.

Ainda, os mecanismos integrativos do ordenamento jurídico alcançam jurisprudência, a analogia (legis e juris) e princípios gerais do direitos, e por que não a possibilidade de aplicação de leis.

Isso quer dizer que quando o adolescente pratica violência doméstica não ocorre a simbiose de leis aparentemente antagônicas, ao contrário, elas podem ser aplicadas na medida de seu cabimento e necessidades como a considerar a prática de ato infracional e não crime, aplicação de medidas acautelatórias da Lei Maria da Penha, a combinar com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê medidas de proteção ao adolescente.

Essa, portanto, é a melhor linha hermenêutica jurídica aplicável, sem reduzir, excluir ou combinar leis, trazendo uma solução, sem quebra o verdadeiro significados das duas legislações que são de sua importância para a manutenção do ordenamento jurídico, com a integralidade das duas normas as quais permanecem, sem reduzir ou modificar seu entendimento, prevalecendo a repressão da violência doméstica no Brasil e ao mesmo tempo implementando as política públicas protetivas ao adolescente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condutas violentas, com toda sua explicação sociológica, repercutem no direito e afetam direitos civis, sociais, econômicos, culturais e políticos e por isso, merecem proteção do Estado, amparado pelo ordenamento jurídico e deve ser inculcado como elemento proibitivo para as relações sociais existentes. Independentemente do tratamento jurídico dado à violência, deve ser encarada como um problema a ser resolvido pela equalização sociológica, psicológica, moral e jurídica, posta como elemento que não se compatibiliza com a cultura de paz na sociedade brasileira.

A violência se apresenta principalmente como efeitos de processos de exclusão socioeconômicos e alcançam as relações institucionalizadas, como nas relações familiares, nas escolas e universidades, no setor industrial e comercial. Por isso, efetivam-se as normas de proteção contra a violência, não somente

normas penais como as descritas no Código Penal Brasileiro que definem tipos penais em que a violência é absorvida pela conduta, mas o Sistema Penal como um todo, além das normas sociais inseridas nas políticas públicas inclusivas e protetivas, como formas de minimização da violência na sociedade. As situações de violência geradas em razão da vulnerabilidade social afeta principalmente crianças e adolescentes, enquanto vítimas ou mesmo como agressores.

Percebe-se que o adolescente em fragilidade social sujeita-se à conflitar com a legislação, ora como vítima ora como agente, e em qualquer condição identifica-se a exposição aos riscos que comprometem sua vida. Uma criança ou um adolescente que vivencia a violência dentro e fora de casa tende à incutir em sua conduta um padrão aceitável de normalidade desses atos, e entende que a violência, as agressões, as drogas, a criminalidade, a prostituição, a fome e a miséria são condutas normais, praticadas sem nenhum sentimento de erro, ou violadores de valores éticos, morais ou jurídicos.

Gera-se assim, a violência social a qual encontra resguardo no ordenamento jurídico brasileiro em razão da violação da lei penal, quando são cometidos crimes e contravenções penais e que influenciam negativamente o convívio dos indivíduos em sociedade.

A denominação do crime de violência doméstica foi estabelecido pela Lei Maria da Penha e posteriormente especificado sob outras formas de violência familiar, de crimes já tipificados na legislação, mas cometidos diante das circunstâncias estabelecidas pela lei, e expressa sob as mais diversas formas de violência como a psicológica, sexual, moral ou patrimonial

A Lei Maria da Penha traz as duas denominações: violência doméstica e violência familiar e considera violência no âmbito doméstico como aquela compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (inciso I, do Art. 5º). Já a violência familiar compreende a violência quando praticada numa comunidade formada por indivíduos considerados parentes (biológicos ou não) (inciso II, do Art. 5º). O inciso III do citado artigo traz referência à violência conjugal, identificado como uma relação de afeto e íntima, com ou não convivência, ou seja, com ou sem coabitação (inciso III, do Art. 5º).

A lei automaticamente amplia o conceito de família e a interação de uma pessoa com ela vinculando o elemento afeto nessas relações, fugindo à expressão casamento e utilizando 'relação íntima de afeto', numa valoração socioafetiva. A prospecção legal desde sua vigência já proporcionava a sua aplicação

em qualquer espécie de violência e em qualquer relação afetiva familiar de forma a alcançar qualquer de seus membros.

É evidente que, na hipótese de cometimento de infração no âmbito familiar, deve-se ter em mente a existência dessas peculiaridades do ECA e da Lei Maria da Penha para que a vida e a segurança ameaçadas no âmbito familiar, por adolescentes, sejam preservadas e por outro lado, a permanência da concepção da condição de indivíduo em formação que representa o adolescente. Mas, essas medidas adotadas pelo ECA e o próprio sistema social brasileiro não põem a salvo a coletividade ou a família vítima de violência causado por adolescente, ao contrário, têm demonstrado que tais medidas só têm agravado as condições do adolescente infrator e preparando-o para um delinquente adulto.

124 | Regressa-se aqui, a questão da violência social ocasionada pelo Estado e subsidiada pela família (pela violência intergeracional) para se decifrar a violência esculpida na mente dos adolescentes de hoje. Dois pontos devem ser referendados no presente momento. O primeiro deles é a própria análise da Lei Maria da Penha, trazendo uma identificação e características de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, e o segundo ponto é a compatibilidade e adequação da Lei Maria da Penha quando o agressor é adolescente. Via de regra, esse comportamento quando do adolescente na violência doméstica ele vem acompanhado do uso de dependentes químicos e da influência cultural que vivencia. Aí, a questão coloca-se diante da prática de um ato infracional e não de um crime, sem se excluir, é claro, dos mecanismos de punição, os quais, de forma específica, encontram embasamento no princípio da especialidade, pela natureza do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sistemicamente analisado com a inserção da lei penal (Código Penal), enquanto regra geral, o qual trata o menor como inimputável, diante da adoção do critério cronológico e determina a aplicação de lei específica.

A contrariar a situação anterior, a discussão basicamente recai sobre a aplicação de uma norma especial, no caso o ECA, e de uma exclusão de uma outra norma especial que é a Lei Maria da Penha. Há um aparente conflito de norma entre a Lei Maria da Penha e o ECA. São trazidos argumentos favoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha mesmo a violência doméstica sendo praticada por adolescente, pois a referida lei refere-se ao sujeito ativo da vio-

lência doméstica como agressor, ou seja, pode ser qualquer pessoa independentemente de sua idade, o que possibilita a inclusão do adolescente como sujeito ativo da violência.

O princípio regeador é o da proteção integral ao adolescente com esteio no princípio constitucional da Prioridade Absoluta e a Doutrina da Proteção Integral, o que impede a aplicação normativa da Lei Maria da Penha. A outra justificativa que impede a aplicação da lei Maria da Penha, ao invés de se aplicar é o real fundamento de especialidade do ECA. Não que a proteção da violência doméstica não seja importante. Não é isso, é a questão da própria especialidade, com uma proteção hipervalorada que deve ser observada.

São, *a priori*, assunto diversos, mas que podem ser analisados quando o ato praticado ocorra pela conduta de um adolescente. A absoluta prioridade do menor estabelece primazia, precedência, preferência e destinação privilegiada para a satisfação dos interesses do adolescente (e da criança)

Sob uma outra perspectiva, os mecanismos integrativos do ordenamento jurídico alcançam jurisprudência, a analogia (*legis e juris*) e princípios gerais dos direitos, e por que não a possibilidade de aplicação de duas espécies legislativas. Isso quer dizer que quando o adolescente pratica violência doméstica não ocorre a simbiose de leis aparentemente antagônicas, ao contrário, elas podem ser aplicadas na medida de seu cabimento e necessidades como a considerar a prática de ato infracional e não crime, aplicação de medidas cautelares da Lei Maria da Penha, a combinar com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê medidas de proteção ao adolescente.

Essa, portanto, é a melhor linha hermenêutica jurídica aplicável, sem reduzir, excluir ou combinar leis, trazendo uma solução, sem quebra o verdadeiro significado das duas legislações que são de sua importância para a manutenção do ordenamento jurídico, com a integralidade das duas normas as quais permanecem, sem reduzir ou modificar seu entendimento, prevalecendo a repressão da violência doméstica no Brasil e ao mesmo tempo implementando as políticas públicas protetivas ao adolescente.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam. **Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina**: desafios para políticas públicas / Miriam Abramovay et alii. — Brasília: UNESCO, BID, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF.

BRASIL. Decreto-lei nº **4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. DOU de 09 de set de 1942, p. 1.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe Sobre O Estatuto da Criança e do Adolescente, e Dá Outras Providência**. Brasília, DF.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Enfrentando a Violência contra a Mulher** — Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Cria Mecanismos Para Coibir A Violência Doméstica e Familiar Contra A Mulher**. Brasília, DF.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Ato Infracional e Lei Maria da Penha. In: **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2ª ed. Org. Adriana Ramos de Mello. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 68.

CHAUI, M. **Uma ideologia perversa**: explicações para a violência impedem que a violência real se torne compreensível. In: Folha de S. Paulo, 14 de março de 1999.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de menores, p. 9 apud ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Editora Saraiva, 2009, p. 8.

DA PAZ, Gilberto Suarez. **Responsabilidade social como instrumento de proteção à criança e ao adolescente**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32543-39625-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 de fev de 2017.

DE ANTONI, Clarissa. BATISTA, Fernanda Altermann. Violência Familiar: Análise de fatores de risco e proteção. In: **Revista da Sociedade de Psicologia do Rio Grande do Sul**. Diaphora. 14(2) | Set/Dez | 26-35.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântra, et. al. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas Editora, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 2009.

EISENSTEIN, Evelyn. **Adolescência: definições, conceitos e critérios**. Adolesc. Saúde. 2005; 2 (2): 6-7. Disponível em: http://www.adolescenciaesaude.com/detalhe_artigo.asp?id=167. Acesso em: 1 de mar de 2017.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Ato infracional e Lei Maria da Penha. In: **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 — abr. 2012, p. 35-51

GOMES, Nadielene Pereira, DINIZ, Normélia Maria Freire, ARAÚJO, Jane Jacob de Souza, COELHO, Tâmara Maria de Freitas. Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias gênero e geração. In: **Acta Paul Enfermagem**. 2007, p. 504-508. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ape/v20n4/19>. Acesso em: 13 de set de 2016.

GRECCO, Rogério. Curso de direito penal — parte geral. 5ª Ed., vol I, Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HOBSBAWM, E. **Novo século**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LACERDA, André Reis. **O papel dos pais perante o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <https://asmego.org.br/2013/10/23/o-papel-dos-pais-perante-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/>. Acesso em 27 de fev de 2017.

LOPES, R. E.; SILVA, C. R.; MALFITANO, A. P. S. **Adolescência e juventude de grupos populares urbanos no Brasil e as políticas públicas: apontamentos históricos**. Revista HISTEDBR On-line, Unicamp, v. 23, 2006, p.114-130. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/23/art08_23.pdf. Acesso em 02 de mar de 2017.

MADALENO, Rolf. Revista Brasileira de Direito de Família n 37, 2006, p. 148. In: GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Famílias. As famílias em Perspectiva Constitucional**. Volume VI. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

MARTY F. **Adolescência, violência e sociedade**. Rio de Janeiro: Agora, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva: 1954.

MESQUITA NETO, P.; SAPORI, L. F.; WANDERLEY, C. B.; VIEIRA, O. V.; FONTES DE LIMA, F. A. TISCORNIA, S. A. **Violência do cotidiano**. Konrad Adenauer Stiftung, 2001.

MINAYO, Maria Cecília de S. **Violência social sob a perspectiva da saúde pública**. Departamento de Ciências Sociais da Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2010.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. A Lei n. 11.340/06 - **Violência doméstica e familiar contra a mulher** - Perplexidades à vista. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/496-a-lei-n-11-340-06-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-perplexidades-a-vista.html>. Acesso em 30 de set de 2016.

PINO, Angel, Violência, educação e sociedade: um olhar sobre o Brasil Contemporâneo. In: **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 763-785, out. 2007. Disponível em: <http://unicamp.sibi.usp.br/bitstream/handle/SBURI/24526/S0101-73302007000300007.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 de fev. de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. C. Esp. — **Ap. 19.845-0** — Desembargador Relator Ney Almada — j. 4-8-94.

SANTOS, Itamar Rocha. **Aspectos da violência urbana**. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas Vitória da Conquista-BA n. 5/6 p. 237-250 2009.

SILVA, Carla Regina, LOPES, Roseli Esquerdo. **Adolescência e Juventude: entre conceitos e políticas públicas**. Cadernos de Terapia Ocupacional da UFSCar, São Carlos,

Jul-Dez 2009, v. 17, n.2, p 87-106. Disponível em: <http://www.cadernosdeto.ufscar.br/index.php/cadernos/article/viewFile/100/65>. Acesso em: 1 mar de 2017.

SILVA, Enid Rocha Andrade da, OLIVEIRA, Raissa Menezes de. **O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal**: esclarecimentos necessários. IPEA. Brasília, junho de 2015, nº 20. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20. Acesso: em 26 de fev de 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**. Adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil. FLACSO Brasil. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf. Acesso em: 28 de fev de 2017.