



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REFLEXÕES QUANTO À LEI MARIA DA PENHA E À ISONOMIA JURÍDICA

Gustavo Mesquita Marinho

Rio de Janeiro
2018

GUSTAVO MESQUITA MARINHO

REFLEXÕES QUANTO À LEI MARIA DA PENHA E À ISONOMIA JURÍDICA

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

REFLEXÕES QUANTO À LEI MARIA DA PENHA E À ISONOMIA JURÍDICA

Gustavo Mesquita Marinho

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ.
Advogado.

Resumo – o Direito usualmente se adapta de maneira superveniente às mudanças sociais. Muitas vezes cabe ao intérprete da lei extrair do texto legal norma não prevista quando de sua elaboração por parte do legislador. No caso da Lei Maria da Penha, diversas são as novas discussões oriundas do debate acerca das questões de gênero e igualdade que surgiram desde sua elaboração. O objetivo do presente trabalho é justamente abordar tais mudanças e trazer interpretações à Lei Maria da Penha que se adequem ao novo contexto fático da sociedade, bem como discorrer sobre determinadas críticas quanto à sua aplicabilidade, sobretudo quanto à equivocada ideia de sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave - Direito constitucional. Isonomia jurídica. Igualdade de gênero. Garantias processuais e materiais.

Sumário - Introdução. 1. A Lei Maria da Penha como instrumento hábil para suprimir a violência doméstica. 2. A Lei Maria da Penha e as questões de gênero. 3. Principais críticas à Lei Maria da Penha: da sua constitucionalidade e o porquê do afastamento da Lei 9.099/95. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os impactos trazidos pela Lei Maria da Penha, bem como a possibilidade de uma interpretação à luz da nova realidade social existente desde sua vigência.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicado o uso da interpretação ampliativa no âmbito do Direito Penal.

Para melhor compreensão do tema, busca-se tratar do princípio da isonomia, sobretudo em seu aspecto formal, à luz do texto constitucional. Dessa forma, pretende-se aperfeiçoar o uso da Lei Maria da Penha de modo a concretizar o objetivo buscado pelo legislador quando de sua criação, qual seja o combate à violência doméstica no âmbito familiar.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a repercussão da Lei Maria da Penha em nosso ordenamento jurídico e as mudanças, positivas e negativas, trazidas pela norma desde

sua criação. Intenta-se, assim, analisar o quão eficaz foi a referida lei em relação aos seus objetivos primários e eventuais efeitos colaterais oriundos de sua criação.

No segundo capítulo o objetivo é abordar as questões de gênero e identidade contemporâneas sob o viés penal e se é possível ou recomendável a aplicação da Lei Maria da Penha de forma não literal.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o impacto das normas penais trazidas pela Lei Maria da Penha, sobretudo as que expressamente revogam ou afastam direitos e garantias trazidos ao longo do ordenamento jurídico pátrio.

A presente pesquisa se valerá de método hipotético-dedutivo, o que significa o levantamento de um conjunto de proposições hipotéticas atinentes ao tema e sua posterior comprovação ou rejeição, conforme linha argumentativa trabalhada ao longo de cada capítulo.

Para tanto, posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema serão abordadas de forma a conseguir pormenorizar as nuances de direito processual e material referentes à aplicabilidade da lei sob uma perspectiva tanto prática, quanto teórica.

1. A LEI MARIA DA PENHA COMO INSTRUMENTO POLÍTICO HÁBIL PARA SUPRIMIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei Maria da Penha¹(LMP) completou, em agosto deste ano, 11 anos desde sua aprovação. Isso significa que faz mais de uma década desde que o Brasil criou seu maior mecanismo de combate a um grande problema social que nunca antes na história da legislação pátria havia recebido tamanho destaque.

Pode-se falar que o caminho natural de um Estado Democrático de Direito seja combater as diversas formas de desigualdade social, sobretudo aquelas oriundas do sexismo, racismo, entre outras formas de preconceito. Dessa forma, tutelar o direito de determinados setores sociais, no caso das mulheres, é apenas uma forma de zelar pela isonomia jurídica e dar um passo rumo à isonomia material².

¹BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

² Isonomia formal diz respeito à igualdade perante a lei, que visa extinguir qualquer tipo de privilégio pessoal ou de classe, enquanto a material consiste no corolário de tratar diferenciadamente os desiguais e homoganeamente os iguais. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22 dez. 2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 214-215.

Contudo, a simples existência de um instrumento repressor de determinadas condutas reprováveis pela sociedade não é, por si só, suficiente para a efetiva erradicação dessas ações. A repressão por meio de agravamento da lei penal é apenas um dos meios para alcançar esse resultado.

Desde sua vigência, a Lei Maria da Penha³ foi fruto de diversas pesquisas, sobretudo estatísticas, que apontam, por exemplo, uma efetiva redução— cerca de 10% - na taxa de homicídios ocorridos em residências tendo uma mulher como vítima quando em comparação a um homem entre os anos 2000 e 2011⁴. A mesma pesquisa, por outro lado, aponta que tal redução não se concretizou uniformemente ao redor do país. Isso implica dizer que a efetividade da lei não alcança todos os setores sociais, sobretudo porque os órgãos de amparo à mulher se encontram concentrados nas regiões metropolitanas de cada estado.

Dessa forma, entende-se por necessária a complementação da política de combate à violência doméstica de forma a amparar todas suas vítimas. Isso inclui vítimas que residem onde os órgãos de atendimento especializado à mulher não existam e, como veremos em capítulo adiante, vítimas de violência doméstica além das mulheres.

Extirpar a prática da violência doméstica, contudo, é tarefa difícil, pois não se trata tão somente da violência em si. A real origem dessa prática tem raízes mais profundas e remetem à desigualdade social estrutural existente entre homens e mulheres. Além disso, permeia na cultura do país uma política de reparação, mas não de manutenção. Assim, procura-se sempre solucionar um problema quando este surge – e, às vezes, apenas quando se torna insustentável -, mas nunca de evitá-lo.

Dessa forma, observar o aumento significativo de novas ações ajuizadas com base na Lei Maria da Penha⁵ significa um significativo incremento na repressão das condutas combatidas pela, mas também é indicativo de que o problema seja muito maior do que se imagina.

Na cidade de Cascavel no estado do Paraná, o número de processos judiciais e medidas protetivas oriundos de questões amparadas pela lei seguiu constante durante os anos de 2013 a 2015.⁶ Tal fator indica que a violência, apesar de constantemente coibida pela

³ BRASIL, op cit., nota 1.

⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha*. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610> . Acesso em: 16 out. 2017.

⁵BRASIL, op cit., nota 1.

⁶SLOBODA, Joana Aparecida. Lei Maria da Penha: estudo da lei e estatísticas de violência doméstica contra a mulher na cidade Cascavel-Paraná. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18301&revista_caderno=3>. Acesso em: out 2017.

aplicação da lei por parte do Poder Judiciário, ainda persiste naquela determinada localidade de forma contínua.

Outrossim, o Mapa da Violência 2015⁷ apontou dados ainda alarmantes acerca da violência contra a mulher:

[...] com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. Mas as taxas do Brasil são muito superiores às de vários países tidos como civilizados[...]

Como se percebe, a mera repressão por meio do endurecimento das normas penais, materiais e processuais, não satisfaz a premente necessidade de reverter o quadro de violência contra a mulher. É preciso ainda inserir no meio social o grau de reprovabilidade da violência doméstica de formas além da punição do agressor.

Nesse sentido, a própria lei prevê, em seu artigo 8^o, nove diversas medidas com intuito de prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Como já visto, algumas dessas medidas já são realidade em algumas regiões do país, que dão específico amparo às mulheres vítimas de tais crimes por meio de delegacias, defensorias e varas especializadas nesse tipo de atendimento. Todavia, as demais regiões carecem de tal serviço e sofrem da mesma forma com esse panorama de abuso doméstico, muitas vezes de forma ainda mais grave.

A demanda pelo atendimento especializado é ainda preocupante, de modo que a simples criação de mais órgãos seja ainda insuficiente para nivelar a questão. Assim sendo, é preciso ampliar os recursos de prevenção previstos na própria legislação, como a promoção de campanhas educativas e o destaque nos currículos de todos os níveis de ensino sobre matéria de direitos humanos. Caso contrário, o número de acionamentos à justiça especializada continuará alarmante devido à manutenção do quadro cultural que há muito internalizou a violência doméstica.

⁷ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.com.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em out. 2017.

⁸BRASIL, op cit., nota 1..

2. A LEI MARIA DA PENHA E AS QUESTÕES DE GÊNERO

Tratar da Lei Maria da Penha⁹ envolve necessariamente a discussão de gênero. Em que pese a desigualdade entre homem e mulher ser uma questão amplamente divulgada e combatida, ainda é pouco reconhecido o debate acerca das discussões de gênero.

Jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça vem evoluindo nos últimos anos para afastar a simples interpretação literal do artigo 1º da lei no tocante às pessoas tuteladas por ela. O dispositivo normativo, em si, zela apenas pela integridade da mulher, porém o entendimento da corte abrange, na verdade, a identidade de gênero. Em outras palavras, significa que a proteção normativa alcança tanto a mulher, em sua concepção puramente biológica, quanto o transgênero, transexual ou mesmo o homem homossexual¹⁰. É nesse sentido, também, o entendimento da jurista Maria Berenecia Dias¹¹, ao afirmar que a lei “assegura a proteção tanto às lésbicas como às travestis, às transexuais e às transgêneros de identidade feminina que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio”.

Dessa forma, o STJ¹² estende a proteção da lei aos indivíduos que se identifiquem com o gênero feminino e sofram, no âmbito doméstico, de violência por parte daqueles que integrem seu círculo social mais íntimo.

O Poder Judiciário, além de alterar seu posicionamento quanto ao sujeito passivo da LMP, também passou a ampliar o reconhecimento do sujeito ativo, qual seja o agressor. A lei surgiu num contexto de violência familiar entre homem e mulher, mas ao passo que o próprio conceito de vítima se alterou, também foi preciso atualizar o rol daqueles que podem ser responsabilizados pelos crimes descritos na lei.

Nesse contexto, o STJ¹³ firmou o entendimento de que a lei em questão visa tutelar a integridade da pessoa de gênero feminino contra qualquer pessoa que integre o núcleo doméstico, seja a relação familiar ou afetiva, independentemente de ser também alguém do

⁹BRASIL, op cit., nota 1.

¹⁰Revista Consultor Jurídico, 10 jun 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/lei-maria-penha- protege-tambem-mulher-transgenero-homem-gay>>. Acesso em 07 mar. 2018

¹¹DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, p; 59.

¹² Ibidem.

¹³ Revista Consultor Jurídico, op cit, nota 10.

mesmo gênero. Uma vez que a lei não restringe o autor do crime quanto ao seu gênero, mas apenas a vítima, foi possível, por exemplo, a condenação de uma mãe que agredia a sua filha, uma mulher trans.¹⁴ Tem-se, assim, uma decisão que uniu a questão da relativização do sujeito passivo, bem como a não restrição do sujeito ativo como sendo apenas alguém do gênero masculino.

A verdade é que o entendimento dos tribunais superiores vem se desenvolvendo progressivamente, de forma a reconhecer, a título de exemplo, os direitos dos casais do mesmo sexo a terem sua união estável reconhecida¹⁵. Em última análise, significa maior aplicabilidade do princípio da isonomia material¹⁶ em nosso Estado democrático de Direito, uma vez que extingue diferenciação que sequer deveria existir em nossa sociedade.

Contudo, tal progresso se dá de forma comedida. No mesmo exemplo acima, o direito reconhecido aos casais do mesmo sexo se deu somente quanto à possibilidade de reconhecimento de união estável. O casamento, em si, só foi reconhecido em 2013, com a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça¹⁷, que vedou expressamente às autoridades públicas de recusar a celebração de união estável, bem como de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, apesar de louvável o desenvolvimento jurisprudencial para acolher vítimas de violência doméstica que não sejam tão somente aquelas que tenham nascido mulheres, há ainda questões a serem debatidas e analisadas, seja pelo Poder Judiciário quando da análise jurídica, ou pelo Legislativo, se adequando às mudanças sociais, bem como adotando políticas sociais mais includentes.

Como visto, com o avanço dos anos, a jurisprudência ganhou nova roupagem ao interpretar a LMP e passou a observar com um olhar mais atento os conceitos de mulher e gênero feminino. Todavia, assim como as mulheres compõem um setor que sofre com as desigualdades sociais, existem ainda outras pessoas que não possuem ainda o devido reconhecimento e amparo na lei.

¹⁴ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0048555-53.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador João Ziraldo Maia. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201718000144>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

¹⁵ Em 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

¹⁶ BRASIL, op cit., nota 2.

¹⁷ Idem. *Resolução nº 175/CNJ*, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acessado em: 8 mar. 2018.

Se, por um lado, a lei trata especificamente de uma questão de gênero do ponto de vista binário¹⁸, ou seja, adota-se um parâmetro dualista em que um indivíduo se identifique unicamente ao gênero feminino ou masculino, por outro se exclui da proteção da lei aqueles que não se enquadrem no modelo estabelecido, quais sejam os não-binários.¹⁹ Apenas a título de esclarecimento e exemplificação, não-binários seriam aqueles que não se enquadram no padrão dual de gênero estabelecido, seja porque não se identificam com nenhum deles, como é o caso do agênero, ou por mesclar características de ambos, como seria o caso do pangênero e do intergênero. Existem, ainda, diversas outras classificações abrangidas pelo termo não-binário as quais, porém, não cabe a este trabalho abordar.

Assim como o gênero feminino sofre ainda com a desigualdade social em relação ao masculino, os casos acima são temas ainda mais controvertidos em nossa sociedade. Se a aceitação de um indivíduo como alguém que não se identifique com seu gênero biológico encontra ainda muita resistência por grande parte da sociedade, a receptividade de alguém que sequer se insira em um dos dois gêneros socialmente estabelecidos é ainda maior.

Peculiar é, portanto, a questão da proteção dos não-binários, uma vez que a sua não identificação exclusiva com o gênero feminino tornaria, em tese, inaplicável uma norma jurídica que tutele justamente esse gênero em detrimento de outro.

É questão de tempo até que esses múltiplos casos não tratados em lei cheguem ao Poder Judiciário e este se veja diante de uma questão inédita na qual um não-binário, vítima de violência doméstica, recorra às medidas protetivas da LMP²⁰. Será então possível a aplicação conforme requerido se a vítima, além de se considerar do gênero feminino, também se considera do gênero masculino? Alguém que não se considere parte de qualquer um dos gêneros ficará desguarnecida da aplicação da lei especial? São algumas das perguntas possíveis que poderão alcançar os tribunais no futuro e que, à luz do nosso atual ordenamento, não encontram uma resposta precisa e pacífica.

Dessa forma, é preciso ter em mente que existem setores sociais que, assim como as mulheres, sofrem discriminação em razão de gênero e, contudo não possuem especial proteção em lei. Importante ressaltar, também, que, em razão da ausência desse conteúdo normativo especializado, o operador do direito deve ter maior cautela ao tratar de eventual

¹⁸ MOTA CHAVES, Emanuelle; MENDES DOS SANTOS, Matheus. *Não-Binariedade, Teoria Queer e Direito ao Reconhecimento da Identidade de Gênero*. IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB, Brasil, out. 2016: p.3. Disponível em:

<<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/ixsidh/ixsidh/paper/download/4393/1790>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁹ Ibid.

²⁰ BRASIL, op cit., nota 1.

caso envolvendo indivíduo não-binário em situação de violência doméstica. Aplicar a norma protetiva própria do gênero feminino para alguém que não se identifique com ele ou, ainda, se identifique com ele dentre outros gêneros, pode violar garantia do sistema penal, qual seja a vedação à analogia *in malam partem* em desfavor do acusado. Sobre a expressão latina, leciona o professor Guilherme Nucci²¹:

É a utilização da analogia em prejuízo do réu, pois cria figura criminosa, por similitude, a uma situação fática que não se encaixa, primariamente, em nenhum tipo incriminador. É proibida a sua utilização no campo penal por lesar a legalidade. No setor processual penal, admite-se o emprego da analogia, com o objetivo de suprir lacunas, seguindo-se o disposto pelo art. 3.º do Código de Processo Penal.

É preciso, portanto, atentar ao perigo de extensão indevida da lei. Ainda que uma minoria carente de legislação especial que a proteja e de reconhecimento social não possua a merecida tutela, não se pode desvirtuar o sistema penal para adotar interpretação à lei mais grave que atinja sujeito ativo em situação não prevista na norma. Resta, assim, aguardar o desenvolvimento legislativo, seja criando lei específica ou alterando a atual, para que esse grupo social tenha a devida proteção jurídica.

3. PRINCIPAIS CRÍTICAS À LEI MARIA DA PENHA: DA SUA CONSTITUCIONALIDADE E O PORQUÊ DO AFASTAMENTO DA LEI 9.099/95

Desde a sua criação, a LMP tem sido alvo das mais diversas críticas e elogios. Nesta seção serão abordados os pontos mais comumente criticados por operadores do direito e, quando devido, contraditos por argumentos constitucionais, bem como fáticos.

Um dos pontos mais reprovados por parcela minoritária da doutrina e jurisprudência em relação à especial tutela da mulher contra a violência doméstica é a questão da igualdade perante a lei prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal.²² Muitos trabalhos acadêmicos pautam suas críticas em relação à lei ao afirmar que haveria uma violação

²¹ NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

²²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

constitucional do princípio da isonomia ao conceder tratamento diferenciado às mulheres, como vítimas, no que tange violência doméstica.²³

Contudo, conforme tratado no capítulo 1 do presente trabalho, a especial proteção dada ao gênero feminino se fundamenta justamente sob a ótica da isonomia material. A disparidade histórica e cultural existente entre homens e mulheres é o pilar fundamental que sustenta a existência de uma lei que os trate de forma diferenciada. Nesse sentido, aponta muito acertadamente Maria Berenice Dias:²⁴

É exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. [...] E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada. O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão, tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso são necessárias equalizações por meio de discriminações positivas: medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Afirmar, portanto, que a LMP violaria a CFRB/88 é, nas palavras do professor Lênio Streck²⁵, afirmar que normas como a Lei dos Crimes Hediondos ou a previsão de cotas raciais também sejam inconstitucionais, uma vez que trazem tratamento desigual a determinados indivíduos.²⁶ Percebe-se, assim, o equívoco no argumento pela inconstitucionalidade da lei, porquanto da premente necessidade em amparar as mulheres no cenário ainda presente de violência doméstica, o que corrobora as finalidades previstas no texto constitucional.

Dessa forma, insustentável a tese pela inconstitucionalidade da LMP, uma vez que a norma, ao contrário do que alguns possam afirmar, busca zela pelo comando constitucional aoproteger um setor social que tem seus direitos e garantias fundamentais constantemente vilipendiados pela sociedade e pelo próprio Estado. Ultrapassado o debate acerca da

²³ Nesse sentido podemos destacar os seguintes trabalhos: PENNA, Paula Dias Moreira; BELO, Fábio Roberto Rodrigues. *Crítica à alteração da Lei Maria da Penha: tutela e responsabilidade*. 2016. 8f. Artigo- UFMG. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/critica_a_alteracao_da_lei_maria_da_penha_tutela_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018. DELATORRE, Daiton; SALIBA, Maurício Gonçalves. *Lei Maria da Penha: Uma Análise crítica sob as Ópticas Penal e Constitucional*. 33f. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, cap. 14, p.108-109.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2011, p. 93-100.

constitucionalidade, passa-se à análise da lei em si, sobretudo no que diz respeito às normas penais mais graves e alterações na lei penal geral.

Quanto às alterações realizadas no Código Penal²⁷, não existe tanta discussão sobre a matéria. A LMP criou a nova agravante genérica prevista na alínea ‘f’ do inciso II do art. 61, CP, que prevê o aumento de pena na segunda fase da dosimetria sempre que o crime for realizado no âmbito doméstico ou com violência contra mulher.

A discussão que mais repercutiu quanto a essa nova agravante foi o fato de estar inserida, no mesmo contexto, a relação de hospitalidade. Isso, pois a norma fugiria do escopo primordial da LMP, qual seja o crime realizado em situação de violência doméstica propriamente dita ou contra mulher em razão de seu gênero.

Para Guilherme Nucci²⁸, estariam abarcadas, nesse ponto, as relações entre anfitrião e visita. Haveria nesse vínculo um caráter afetoso tutelado pelo Direito Penal. Na prática, a jurisprudência vem aplicando a agravante para situações de namoro, quando não há, ainda, a coabitação que caracterize uma relação doméstica, não tendo, até então, aplicado a norma agravante na hipótese de crime praticado contra visita ou anfitrião.

Outra alteração relevante trazida pela LMP foi a inclusão de novas qualificadora e majorante ao crime de lesão corporal (§§ 9º e 11, respectivamente, do art. 129, CP). A primeira, assim como no caso da agravante, diz respeito à lesão corporal praticada em situação de convívio doméstico, familiar, de coabitação ou de hospitalidade. Uma diferença em relação à agravante é que não há menção ao gênero feminino. Dessa forma, realizada a violência no âmbito doméstico estará caracterizada a qualificadora, não importa o gênero da vítima. Nessa hipótese, há alteração quanto à pena máxima: enquanto na lesão corporal simples a pena será fixada entre três meses e um ano, na qualificada por violência doméstica a pena máxima passa a ser de três anos.

A majorante, por sua vez, cuida em tratar dos abusos domésticos praticados contra pessoa portadora de deficiência. Assim, além da proteção dada às pessoas no âmbito domiciliar, há uma especial proteção àqueles ainda mais vulneráveis sob um mesmo contexto. Nesse caso, aumentar-se-á a pena fixada nos moldes da qualificadora em um terço.

Importante ressaltar que, em se tratando da qualificadora do parágrafo nono, não há falar-se em eventual aplicação da agravante anteriormente tratada, uma vez que restaria

²⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁸ NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/hospitalidade>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

configurado flagrante *bis in idem*, isso é, condenação do réu pelo mesmo fato, qual seja praticar violência doméstica, duas vezes.

Houve, também, mudança no Código de Processo Penal²⁹ no que diz respeito à criação de nova modalidade de prisão preventiva, qual seja a do inciso IV do art. 313, CPP, posteriormente alterado pela Lei nº 12.403/2011³⁰ para revogar o inciso IV e concentrar no III hipótese que abrangesse o maior número de setores sociais que apresentam maior vulnerabilidade.

Assim, criou-se a possibilidade de decretação de prisão preventiva como forma de garantir as medidas protetivas de urgência estabelecida pelo juízo quando se tratar de crime envolvendo violência doméstica, seja contra mulher, idoso, criança, enfermo ou pessoa que apresente alguma deficiência. Observa-se, portanto, que a LMP foi importante no desenvolvimento legislativo no que concerne a proteção àqueles mais vulneráveis em nossa sociedade.

Novamente, não há falar em qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, uma vez que o tratamento diferenciado dado pela lei busca justamente diminuir e compensar hipossuficiência inerente a determinados grupos sociais.

Por fim, cumpre tratar de um dos aspectos mais impactantes trazidos pela LMP em seu art. 41: a total inaplicabilidade das normas trazidas pela Lei dos Juizados (lei nº 9.099/95)³¹.

A lei que instituiu os juizados criminais trouxe diversas benesses ao réu reconhecidas na doutrina e jurisprudência como medidas despenalizadoras. São elas: (i) a possibilidade de composição civil dos danos (art. 74); (ii) a transação penal, a ser realizada entre o membro do Ministério Público e o autor do fato (art. 76); e (iii) a suspensão condicional do processo (art. 89). Todos os três institutos têm o viés de evitar a prisão do réu diante da possibilidade de medidas mais brandas e suficientes para tratar das infrações de menor potencial ofensivo, sendo elas definidas como contravenções penais e crimes cuja pena máxima cominada não supere dois anos (art. 61).

Além disso, a Lei nº 9.099/95³², em seu art. 88, estabeleceu que os crimes de lesão corporal leve e lesões culposas seriam condicionados à representação da vítima, ou seja,

²⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art4>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³¹ BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³² Idem.

fugiriam da regra geral do art. 100 do Código Penal, que estabelece a ação penal pública incondicionada. Como historicamente a maioria dos crimes praticados no âmbito familiar são lesões corporais leves, rapidamente surgiu embate doutrinário indagando se a LMP afastou ou a necessidade de representação.

A polêmica acerca da natureza da ação penal tomou ainda maior destaque do que o afastamento das medidas despenalizadoras, ao passo em as críticas contrárias à LMP afirmavam que, além da já tratada violação à isonomia, a retirada da escolha pelo ajuizamento da ação das mãos da vítima criava indevida ingerência do Estado na esfera familiar, além de ser um retrocesso ao Direito Penal mínimo.

Contudo, tais argumentos não levam em consideração o problema estrutural incrustado em nossa sociedade. Antes da vigência da LMP, recorrente eram os casos de mulheres vítimas de violência doméstica, intimidadas por seus agressores e receosas por represálias futuras, desistiam da ação ajuizada, o que garantia a impunidade do agressor e perpetuação da violência. Ao transferir a legitimidade da ação para o Ministério Público, além de vedar a retratação quando praticada violência física, retira da vítima carga emocional negativa referente à representação contra seu agressor, fosse cônjuge, companheiro ou qualquer pessoa afetivamente a ela relacionada.

Como se observa, a LMP é incompatível com diversas normas jurídicas que amenizam o rigor da lei penal. Em outras palavras, trata-se de evidente lei penal mais grave, tanto no âmbito do direito penal material quanto processual.

Muito se discutiu sobre o tema no campo acadêmico, até que o STF, em decisão de ampla maioria – 10 votos contra 1- acertadamente pôs um fim ao debate em sede da ação declaratória de constitucionalidade nº 19 ao julgar procedente a ação para reconhecer a constitucionalidade do dispositivo da LMP que afasta a incidência da lei 9.099/95.³³

Os debates atuais, portanto, dizem respeito apenas ao meio acadêmico, em que alguns persistem na defesa pela inconstitucionalidade da lei. Apesar de não ser a medida perfeita e definitiva para o combate à violência doméstica contra o gênero feminino, é inegável o avanço nesse sentido desde sua promulgação, sendo, infelizmente, necessário afastar medidas que, em outras situações, beneficiariam o réu.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CONCLUSÃO

Percebeu-se, no decorrer deste trabalho, que a Lei Maria da Penha é tema de debate desde sua vigência, seja acerca de sua efetividade, aplicabilidade ou mesmo constitucionalidade. Certo é, que, independente do posicionamento jurídico que se possa tomar, é indiscutível a relevância de seu conteúdo normativo para toda a sociedade.

Iniciado o trabalho, foi demonstrado, em seu primeiro capítulo que a Lei Maria da Penha alterou consideravelmente o quadro de violência doméstica contra a mulher ao redor de todo o país, ainda que não de maneira uniforme pelas diferentes regiões. Nesse sentido, a lei cumpre bem seu propósito, que é o combate à violência em razão do gênero no âmbito familiar.

Ressalta-se que a Lei não visa à erradicação de tais crimes, o que seria uma proposta um tanto quanto megalomaníaca e intangível. Seu objetivo primordial é tão somente diminuir o grave quadro de desigualdade existente. Revertê-lo por inteiro requer um número muito mais amplo de medidas jurídicas e, principalmente, políticas que vão além da mera repressão.

Em um segundo momento, abordou-se o tema de atual relevância que são as questões de gênero à luz da Lei Maria da Penha. Se por um lado a norma busca tutelar gênero que necessita de especial proteção, é importante trazer ao debate a evolução social que culminou no que conhecemos hoje em dia como identidade de gênero.

Nesse aspecto, chegou-se à conclusão de que a Lei Maria da Penha deve ser interpretada por um viés mais abrangente, que vá além da proteção exclusiva da mulher e zela, na verdade, pela tutela ao gênero feminino. Dessa forma, também encontrariam proteção na lei indivíduos que se comportam, vivem e se veem como pertencentes ao gênero feminino, independentemente de terem nascido de tal forma.

Por fim, no terceiro e último capítulo, foram tratadas as principais críticas contrárias à Lei Maria da Penha, sobretudo no que tange sua constitucionalidade. Evidenciou-se, nesse aspecto, que, ao contrário do que parte da comunidade jurídica afirma, a lei encontra respaldo constitucional, pois busca justamente reduzir o vão de desigualdades sociais existentes entre diferentes segmentos sociais, quais sejam homens e mulheres.

Em suma, não há falar em mácula, no que diz respeito à constitucionalidade e à legalidade da Lei, uma vez que o princípio da isonomia é justamente o fundamento de sua elaboração. A Lei pode não ser perfeita ou mesmo a forma mais eficiente de combate à

violência doméstica, mas é indubitavelmente a norma mais avançada e inovadora nesse sentido que nosso ordenamento possui até o presente momento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art4>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. *Lei Maria da Pena*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 set. de 2017.

_____. *Resolução nº 175/CNJ, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acessado em: 8 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0048555-53.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador João Ziraldo Maia. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201718000144>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

. DELATORRE, Daiton; SALIBA, Maurício Gonçalves. *Lei Maria da Penha: Uma Análise crítica sob as Ópticas Penal e Constitucional*. 33f. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha*. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610> . Acesso em: 16 out. 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOTA CHAVES, Emanuelle; MENDES DOS SANTOS, Matheus. *Não-Binarietà, Teoria Queer e Direito ao Reconhecimento da Identidade de Gênero*. IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB, Brasil, out. 2016: p.3. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/ixsidh/ixsidh/paper/download/4393/1790>>. Acesso em: 11 mar.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. *Manual de Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/hospitalidade>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PENNA, Paula Dias Moreira; BELO, Fábio Roberto Rodrigues. *Crítica à Alteração da Lei Maria da Penha: Tutela e Responsabilidade*. 2016. 8f. Artigo- UFMG. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/critica_a_alteracao_da_lei_maria_da_penha_tutela_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 10 jun 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/lei-maria-penha- protege-tambem-mulher-transgenero-homem-gay>>. Acesso em: 07 mar. de 2018

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22 dez. 2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

SLOBODA, Joana Aparecida. *Lei Maria da Penha: estudo da lei e estatísticas de violência doméstica contra a mulher na cidade Cascavel-Paraná*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18301&revista_caderno=3>. Acesso em: out. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2011.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.com.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em out. 2017.