

APLICABILIDADE DA ‘LEI MARIA DA PENHA’: A CONFIGURAÇÃO DA ‘VIOLÊNCIA DE GÊNERO’

MARIA LUCIA KARAM

JUÍZA DE DIREITO (APOSENTADA)

Julgando os Embargos Infringentes nº 0376432-04.2008.8.19.0001, em 2 de outubro de 2012, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmou, por maioria, que a Lei 11.340/2006 (conhecida como ‘Lei Maria da Penha’) não se estendia a hipótese de agressão a mulher que não se encontrasse em situação de vulnerabilidade e não fosse hipossuficiente, exigindo a *ratio legis* que sua aplicação a casos de violência intrafamiliar levasse em conta a relação de gênero diante da desigualdade socialmente constituída.

Tratava-se de caso que alcançou certa repercussão dada a notoriedade dos envolvidos – atores renomados –, tendo o réu alegadamente agredido fisicamente a apontada ofendida, em local público, em razão de conflito surgido no âmbito de relacionamento amoroso. Como destacado no voto vencedor, da lavra do Desembargador Sidney Rosa da Silva, a apontada ofendida, notoriamente, nunca fora “uma mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem”, assim não podendo ser “considerada uma mulher hipossuficiente ou em situação de vulnerabilidade”, o que estaria a afastar a incidência da lei especial invocada pela Acusação, consequentemente afastando a competência de Juizado de violência doméstica e familiar para apreciar a causa, sendo sim competente Juízo criminal comum.

Com efeito, a *ratio legis* vinda no diploma focalizado, como bem anotado no acórdão ora comentado, consiste na proteção das mulheres contra a discriminação e a opressão historicamente resultantes de relações de dominação fundadas na ideologia patriarcal e concretamente expressadas em manifestações da, em muitos casos, ainda subsistente desigualdade de gêneros.

Decerto, não obstante os significativos avanços, especialmente no mundo ocidental, no sentido da afirmação e garantia dos direitos das mulheres, da superação das relações de subordinação e da construção de

nova forma de convivência entre os gêneros, ainda subsistem resquícios da ideologia patriarcal, da histórica desigualdade, da discriminatória posição de subordinação da mulher. Tais resquícios, naturalmente, se refletem nas relações individualizadas e, mesmo onde registrados aqueles avanços, é ainda alto o número de agressões de homens contra mulheres no âmbito doméstico, a caracterizar a chamada ‘violência de gênero’, isto é, a violência motivada não apenas por questões estritamente pessoais, mas expressando a hierarquização estruturada em posições de dominação do homem e subordinação da mulher, por isso se constituindo em manifestações de discriminação.

É essa forma específica de violência – a violência de gênero, a se constituir em manifestação de discriminação e a naturalmente pressupor uma relação hierarquizada a se estruturar em posições de dominação do homem e subordinação da mulher – que constitui a matéria tratada na brasileira Lei 11.340/2006, assim como em sua inspiradora espanhola *Ley Orgánica 1/2004* e em similares leis de outros países.

A pretendida aplicação das regras da Lei 11340/2006 a todos os casos em que mulher figure como apontada vítima de agressão por parte de homem com quem se relacione afetivamente estaria, como acertadamente entendeu o acórdão ora comentado, a desvirtuar o sentido daquele diploma legal.

Ao estabelecer o tratamento diferenciado diante do reconhecimento das especificidades da ‘violência de gênero’, o legislador naturalmente se amparou na constatação da situação de desequilíbrio e desproporcionalidade revelada em relacionamentos fundados na superioridade masculina ditada pela ideologia patriarcal, situação essa que, em seu entender, estaria a requerer a criação de mecanismos específicos com vistas a prevenir e coibir tal manifestação específica de violência.

A pretendida aplicação das regras da Lei 11340/2006 a todos os casos em que mulher figure como apontada vítima de agressão por parte de homem com quem se relacione afetivamente, desprezando a delimitação da incidência do diploma especial – incidência essa necessariamente restrita aos casos de configuração de ‘violência de gênero’ –, significaria instituir uma ilegítima discriminação violadora do princípio da isonomia.

Tratamentos desiguais só se autorizam em situações de desigualdade, de forma que se possa compensar o desequilíbrio originado daquela situação desigual. O tratamento desigual, estabelecido na Lei 11.340/2006, só encontra amparo, repita-se, diante da efetiva presença da situação de desequilíbrio e desproporcionalidade revelada em relacionamentos fundados em uma discriminatória e opressiva posição de superioridade masculina ditada pela ideologia patriarcal. Não fosse assim, a Lei 11.340/2006 padeceria de irremediável inconstitucionalidade.

Decerto, mesmo delimitada sua incidência a casos de configuração de ‘violência de gênero’, a Lei 11.340/2006, no afã de estabelecer o maior rigor penal como suposta forma de proteção das mulheres contra a discriminação e a opressão resultantes de relações de dominação fundadas na ideologia patriarcal, acabou por violar, em alguns de seus dispositivos, normas constitucionais, notadamente a que consagra o próprio princípio da isonomia. Por exemplo, quando excluiu a incidência da Lei 9.099/95 em hipóteses de infrações penais retratando violência de gênero identificáveis como de menor ou médio potencial ofensivo (artigo 41). Ora, no que concerne à dimensão de seu potencial ofensivo, uma infração penal retratando ‘violência de gênero’ a que cominada pena máxima de dois anos ou uma infração penal retratando ‘violência de gênero’ a que cominada pena mínima igual ou inferior a um ano não se distingue de quaisquer outras infrações penais a que cominadas iguais penas máximas ou mínimas. Todas se identificam, em sua igual natureza de infrações penais de menor ou de médio potencial ofensivo, pela quantidade das penas que lhes são abstratamente cominadas e todos seus apontados autores igualmente se identificam na igualdade de condições e situações em que se encontram, a todos, portanto, devendo ser assegurado tratamento penal equivalente¹.

Alguns dos questionáveis dispositivos da Lei 11.340/2006 acabaram até mesmo por paradoxalmente reafirmar a própria ideologia patriarcal. Esse já era o caso da regra concernente à iniciativa da ação penal em hipóteses de pretensão punitiva fundada em alegados crimes de lesões corpo-

¹ Sobre este ponto reporto-me ao que escrevi pouco depois da introdução da Lei 11.340/2006: “Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal”, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* nº 168, São Paulo, novembro 2006.

rais leves praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, a estabelecer que a renúncia à representação somente poderia se dar perante o juiz, em audiência especialmente designada para tal fim e ouvido o Ministério Público (artigo 16). A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a tal já originariamente discriminatória regra, pura e simplesmente afastando a exigência da representação para assim tornar incondicionada a iniciativa do Ministério Público no exercício da ação penal², ainda exacerbou esse paradoxo, indevidamente retirando da mulher qualquer possibilidade de protagonismo no processo, reservando-lhe uma posição passiva e vitimizante; inferiorizando-a; considerando-a incapaz de tomar decisões por si própria; colocando-a em situação de desigualdade com todos os demais ofendidos a quem é garantido o poder de vontade em relação à instauração do processo penal³.

A pretendida aplicação das regras da Lei 11.340/2006 a todos os casos em que mulher figure como apontada vítima de agressão por parte de homem com quem se relacione afetivamente, ainda que, como no caso examinado no comentado acórdão, se trate de mulher notoriamente longe de ser “oprimida ou subjugada aos caprichos do homem”, longe de estar em “situação de vulnerabilidade”, além de se desviar do sentido daquele diploma legal; além de, repita-se, violar o princípio da isonomia, por invocar tratamento desigual na ausência de situação de desigualdade, acabaria também por paradoxalmente reafirmar a própria ideologia patriarcal que o legislador quis enfrentar.

Com efeito, a argumentação que atacou o acórdão ora comentado e que acabou por triunfar no Superior Tribunal de Justiça⁴ é mais um eloquente exemplo de sobrevivência dos resquícios dessa ideologia patriarcal para cuja superação teria sido editada a Lei 11.340/2006. Chegou-se a afirmar ali que a hipossuficiência e vulnerabilidade da mulher nas relações afetivas seriam presumidas, sendo ínsitas à sua condição de mulher! ◆

² Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424; decisão em 09/02/2012.

³ Nesse ponto, reporto-me a texto meu mais recente “Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas”, in **Justificando**: 13/03/2015. <http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>.

⁴ Recurso Especial nº 1.416.580/ RJ, julgamento em 01/04/2014.