

Limites da Aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006

**Yedda Christina Ching-San Filizzola
Assunção**

*Juíza de Direito titular do IV Juizado
de Violência Doméstica e Familiar*

do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O presente artigo traz a análise do limite de aplicação das normas da Lei 11.340/2006, que estabeleceu o sistema de proteção e garantias às mulheres vítimas de violência doméstica, indicando inconvenientes sociais à limitação legal, deixando claro que o limite de proteção da lei não alcança todas as hipóteses de violência das quais podem ser vítimas as mulheres, ainda que relacionadas ao gênero. Traz, ainda, a defesa da possibilidade de a família da vítima apresentar requerimento protetivo à mulher. Pretende, de forma não exaustiva, apresentar o panorama da aplicação legislativa nos Juizados de Violência Doméstica do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Finalmente, apresenta crítica à interpretação normativa brasileira do feminicídio como qualificadora objetiva.

ABSTRACT: This article presents the analysis of the limit of application of the norms of the Brazilian Law 11.340/2006, which established the system of protection and guarantees to women victims of domestic violence, indicating social disadvantages to legal limitation, making clear that the limit of Protection of the law does not reach all the chances of violence from which women may be victims, albeit related to gender. It also brings the defense of the possibility of the victim's family to present a protective application to the woman. It intends, in a non-exhaustive way, to present the panorama of legislative application in the domestic violence courts of the Court of Justice of Rio de Janeiro. Finally, it presents criticism of the Brazilian normative interpretation of femicide as an objective qualifier.

PALAVRAS CHAVE: Direito penal. Direito processual penal. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Femicídio.

KEYWORDS: Criminal Law. Processual criminal law. Domestic violence. Law “Maria da Penha”. Law 11.340/2006. Femicide.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Escopo e fim social da lei. 3. A restrição da aplicação da lei à violência doméstica baseada no gênero. 4. Crítica à pretensão de classificação do Femicídio como qualificadora objetiva. 5. Conclusão.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Scope and the social end of the law. 3. The restriction of law enforcement to domestic violence based on gender. 4. Criticism of the pretension of classification of femicide as an objective qualifier. 5. Conclusion.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/06 deve ser compreendida como uma legislação exemplo, no Brasil, da terceira velocidade do Direito Penal, classificação apresentada pelo professor Jesus Maria Silva Sanchez em sua obra “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”.

Aqui temos uma legislação que mira na efetividade da proteção a um grupo tido como vulnerável, cuja proteção à sociedade pós-industrial estabeleceu como prioritária – as mulheres vítimas de violência doméstica.

E dessa forma, a leitura dessa norma, com olhares interpretativos comprometidos com a *primeira velocidade* (que tenha como primordial as garantias processuais), ou de *segunda velocidade* (que se preocupe com aplicação de penas diversas da pena privativa de liberdade) será desconectada da principal intenção legislativa – **a proteção imediata e integral das vítimas.**

É de se compreender o estágio social brasileiro, que exige a prolação e aplicação de uma lei, evidentemente isonômica, mas não igualitária. Aqui, em um momento tardio, se propagou bramido em defesa das mulheres, mas divorciado do feminismo.

Uma das melhores definições do Feminismo nos é apresentada por Richard Posner:

“Feminismo, como ramo do conhecimento, é o estudo das mulheres na sociedade, desde um ângulo que ressalta os efeitos das práticas sociais e políticas do governo sobre elas; que dá grande atenção ao que elas próprias (frequentemente ignoradas) disseram ou dizem; que se preocupa sinceramente com o bem-estar delas e que enfim, privilegia o ceticismo necessário diante de teorias de tipo teocrático, ou dogmático geral, que pregam que as mulheres estão predestinadas a se subordinarem aos homens”¹

Por essa definição, ideias acerca de ideologia de classe, afirmações de patriarcado, comportamento hegemônico, questionamentos sobre comportamentos sexuais não são próprios ou necessários ao feminismo, e com maior razão, devem estar apartadas da aplicação da Lei.

2. ESCOPO E FIM SOCIAL DA LEI 11.340

A Lei 11.340/06 não definiu, em seu texto original, **crimes**. As suas finalidades foram dispostas no artigo 1º, quais sejam: “criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

A pretensão legislativa – alcançada – é a criação de um novo sistema penal, processual penal e interpretativo, no qual se criou juízos e procedimentos especiais, para, de forma pragmática e efetiva, reafirmar e fazer cumprir os direitos das vítimas.

Nesse sentido, segue a norma no artigo segundo, explicitando a ampla dimensão da proteção pretendida, estabelecendo como possível sujeito de direitos toda mulher, bem como reafirmando os direitos constitucionais de segurança e liberdade.

Contudo, fica claro, sendo descabida qualquer interpretação extensiva, que o sujeito passivo da lei é a mulher, a proteção se restringe à mulher, independentemente de qualquer fator social, e o escopo fundamental

¹ Posner, Richard A., Para além do Direito, ed. Martins Fontes, SP, 2009.

é assegurar uma vida sem violência física e mentalmente saudável, além de fomentar aperfeiçoamento moral, intelectual e social da mulher.

Contudo, a Lei 11.340/2006 determina que a Família, Sociedade e Poder Público devem agir ativamente para garantir direitos fundamentais, bem como assegurar as oportunidades e facilidades de uma vida sem violência, preservando a saúde física e mental da mulher, além do aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Questão interessante é saber se a família da vítima pode pleitear Medidas Protetivas em favor desta, independentemente da sua vontade.

Pela leitura do parágrafo segundo, interpretando a expressão “criar condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos” é de se reconhecer que a família tem, também, legitimidade para o requerimento, independentemente da idade da vítima e de sua capacidade para os atos da vida civil. Por óbvio, há a dificuldade de implementação das medidas que têm como pressuposto a vontade da vítima de não ter contato ou aproximação com o agressor. Contudo, em se tratando de requerimentos de medidas protetivas de natureza diversa e de maior complexidade, é de se reconhecer autorização legal para requerimento pela família. Como exemplo, poderíamos citar o requerimento de uma avó para suspensão de porte de arma, ou de suspensão da visitação aos filhos menores (netos).

Não resta dúvidas de que a interpretação da “Lei Maria da Penha” deve ser feita sopesando o fim social primeiro, a **erradicação da violência à mulher**, e as peculiares condições das mulheres em situação doméstica. Observando tal fim social, não se pode falar em discriminação positiva de um grupo social; a conjugação da lei, com as garantias constitucionais processuais, nos permite admitir tão somente a necessidade de proteção de vítima particular.

Os métodos interpretativos – literal, gramatical, lógico, histórico-evolutivo, sistemático, teleológico e sociológico – devem ser considerados complementares, de tal forma que a norma acima prevista apenas traça a diretriz, não restringindo ou afastando métodos.

3. A RESTRIÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI À VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO

A Lei 11.340 estabelece uma exigência para sua aplicação, a ocorrência de violência **baseada no gênero**. Pelas regras de hermenêutica metodológica, não há palavras inúteis ou repetidas na lei.

Assim, é de se perquirir quais hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher são baseadas no gênero, e quais não são, antes de se determinar a aplicação desta norma.

Essa exigência elementar é, contudo, prevista de forma diferente no artigo 121, §2º, VI, do Código Penal, que prevê qualificadora quando “o homicídio é cometido contra a mulher por razões de condições do sexo feminino” (incluído pela Lei nº 13.104 de 2015).

Deve ser indagado então, o que seriam ações ou omissões baseadas no gênero ou razões a condição do sexo feminino.

A expressão “baseada no gênero” deve ser interpretada, na sociedade pós-industrial, como questões que se relacionam com funções sociais que comumente são exercidas pelas pessoas do sexo feminino, bem como funções familiares que estejam relacionadas à maternidade e ainda ao relacionamento familiar na forma prevista no artigo 226 da Constituição Federal. Devemos ainda incluir no conceito de ação ou omissão baseada no gênero, qualquer violência que se origine em pretensão de tratamento diferente entre homens e mulheres.

Dessa forma, um dos requisitos para que uma conduta seja considerada violência doméstica é ser ela, de alguma forma, determinada ou potencializada pela função social exercida por pessoas do sexo feminino.

Importante ressaltar que há diferenças culturais significativas relacionadas às funções e papéis sociais, de tal forma que uma conduta pode ser considerada feminina em determinada sociedade ou tempo, e masculina em outra. E mais, algumas exigências culturais não são reconhecidas ou referendadas em outras. Como exemplo, podemos citar o uso de lenços ou trajes que encubram rosto ou cabeça em algumas culturas árabes, ou, ainda o uso de colares extensores de pescoço em algumas culturas africanas.

Nesse sentido, é o enunciado 24 do Fórum de Violência Doméstica – FONAVID da Associação dos Magistrados do Brasil: “A competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher restringe-se aos delitos cometidos em razão do gênero, na forma dos arts. 5º e 7º da Lei Maria da Penha, não sendo suficiente que a vítima seja do sexo feminino.”

A Jurisprudência é firme ao reconhecer a necessidade da presença da elementar subjetiva do crime – a motivação de gênero para a aplicabili-

dade da Lei 11.340/2006. A dificuldade surge na análise particular do caso concreto, no momento da interpretação das razões implícitas, inconscientes e anteriores do agir consciente do agressor:

TJRJ - 0014651-75.2018.8.19.0204 – APELAÇÃO - Des(a).
MARCUS PINTO BASÍLIO - 1ª CÂM CRIMINAL

Penal - processo penal –medidas protetivas de urgência - crime de ameaça perpetrada no âmbito doméstico contra membros da família, inclusive a mãe do agente - não incidência da Lei 11340/06 - extinção do processo sem apreciação do mérito - incompetência da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher - ausência de violência de gênero -fato ocorrido há mais de seis meses - ausência de ação penal - manutenção da decisão – recurso desprovido

As medidas protetivas previstas na chamada Lei Maria da Penha são acessórias ao procedimento penal respectivo, reclamando para o seu deferimento a prática de fato grave contra a mulher vítima de violência doméstica. A incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. No caso, a vítima/apelante teria sido ameaçada pelo filho, não sendo caso de aplicação da Lei Maria da Penha, eis que a ameaça foi contra todos os membros da família, inclusive contra o padrasto e irmão do sexo masculino. Ausência de motivação de gênero. Precedentes da Câmara. Decisão mantida. Recurso desprovido.

TJRJ - 0047576-61.2017.8.19.0204 – APELAÇÃO - Des(a).
MÁRCIA PERRINI BODART QUARTA CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

(...) *Da leitura dos autos, depreende-se que o recorrido, após adentrar na residência da irmã e ouvir a determinação para que se retirasse imediatamente do local, a ameaçou afirmando que iria fazer com ela*

o que o ex-companheiro da vítima já deveria ter feito há muito tempo. Em ato contínuo, o apelado desferiu socos contra a vítima, dando-lhe rasteira e chutes por todo o corpo, ao mesmo tempo em que lhe chamava de “PIRANHA, FILHA DA PUTA”. Como se observa, além da violência, física e moral, empregada contra sua irmã, as próprias palavras emitidas pelo agressor denotam que este agiu com o intuito de subjugar a vítima, transparecendo, assim, o nefasto sentimento de inferioridade da mulher frente ao homem. Cabe recordar que a finalidade da Lei Maria da Penha é abranger a defesa da mulher vítima de violência doméstica, não restringindo sua ocorrência somente às hipóteses em que se tenha o envolvimento amoroso entre agente e vítima (ex vi do artigo 5º, II, da Lei 11340/2006), consoante posicionamento consolidado do Superior Tribunal de Justiça. Nesse contexto, à luz das circunstâncias do fato, entendo estar presente a chamada violência de gênero atrativa da tutela provida pela Lei Maria da Penha. (...)

TJRJ - 035146-59.2017.8.19.0210 – APELAÇÃO - Des(a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

*APELAÇÃO DEFENSIVA. LESÃO CORPORAL DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INTOLERÂNCIA ENTRE IRMÃOS. INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS COM EXTINÇÃO DO FEITO. PLEITO PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DA LEI 11.343/06. IMPROCEDÊNCIA. **Sentença de extinção do feito por inadequação da via eleita. Medidas protetivas de urgência descritas no artigo 22 da Lei 11.343/06 que possuem natureza cautelar e de urgência. Tais medidas devem ser aplicadas necessariamente em casos que envolvam violência de gênero contra as mulheres dentro do ambiente doméstico, escudadas na ideia repugnante da inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino.***

Suposta agressão que ocorreu durante uma discussão entre irmãos que residem em imóvel comum. Conduta que foi perpetrada por um homem contra uma mulher da mesma família, mas não há como identificar, no caso, a violência de gênero, eis que não foram observadas a vulnerabilidade e

a hipossuficiência da suposta vítima, se amoldando o caso em testilha às regras existentes na legislação penal comum. Porém, entendendo que a demanda entre as partes não evidencia a subjugação de gênero a incidir a Lei Maria da Penha, correta a decisão que extinguiu o feito por inadequação da via eleita. (...)

4. CRÍTICA À PRETENSÃO DE CLASSIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA OBJETIVA

Quanto ao *feminicídio*, é necessária uma crítica ao texto da lei que permite a dúvida acerca da natureza da qualificadora do crime. A questão é saber se se trata de uma qualificadora objetiva ou subjetiva. E isso impacta na possibilidade (ou não) de reconhecimento de circunstâncias previstas no artigo 121 § 1º, (homicídio privilegiado).

Aqueles que afirmam que a qualificadora do feminicídio é objetiva, que determina o aumento de pena para todos os crimes de homicídio praticados contra uma mulher, são obrigados a reconhecer que, de acordo com a jurisprudência pacífica, a possibilidade de um homicídio ser qualificado pelo feminicídio e privilegiado pela violenta emoção, ou talvez até injusta provocação da vítima, é real.

Antes da inovação legislativa, os homicídios em situação de violência doméstica, ou por questão de gênero, eram pronunciados como homicídios qualificados pela motivação torpe ou eventualmente fútil, ambas qualificadoras subjetivas, que impediam o reconhecimento de causas de diminuição de pena previstas no § 1º de natureza subjetiva. Agora, após a pretensa criação de tipo penal, que se realizou como especialização de qualificadora, desnecessária e de texto obscuro, temos uma situação de verdadeira desproteção da mulher, com a possibilidade de uma condenação em plenário de júri de um homicida da sua companheira, com redução de 1/6 a 1/3 da pena, FEMINICIDIO PRIVILEGIADO, estabelecendo-se então uma eventual pena mínima em 8 anos de reclusão – que importa até em eventual imposição de regime inicial semiaberto.

O enunciado 39 do Fórum Nacional do Juízes de Violência Doméstica - FONAVID - afirma a natureza objetiva da qualificadora do feminicídio: **“A qualificadora do feminicídio, nos termos do art. 121, §2ºA, I, do Código Penal, é objetiva, uma vez que o conceito de violên-**

cia doméstica é aquele do art. 5º da Lei 11.340/06, prescindindo de qualquer valoração específica”

Uma última questão a ser analisada, relacionada à tipificação de crimes com aplicação da Lei Maria da Penha, é a possibilidade de crime omissivo contra a mulher, que configuraria lesão.

A Lei 11.340, na sua redação original, não criou tipos penais, apenas estabeleceu diretrizes de um sistema de atendimento protetivo à mulher. Dessa forma, o reconhecimento da possibilidade de existência de crimes omissivos em situação de violência doméstica deve ser analisado à luz das normas penais incriminadoras, em especial do Código Penal.

Assim, os crimes de abandono de incapaz, omissão de socorro e maus-tratos podem ser reconhecidos como praticados em situação de violência doméstica, ensejando a aplicação da Lei 11340/2006, desde que o fundamento do agir do agressor seja o gênero da vítima.

5. CONCLUSÃO

Da análise dos primeiros artigos da Lei 11.340/2006, extrai-se que a norma se restringe a um fragmento das hipóteses de violência contra a mulher, limitando-se a situação de agressão ocorrida no ambiente familiar ou dentro de relacionamentos afetivos. Excluiu-se da proteção a vítima de violência, ainda que baseada no gênero, ocorrida nos ambientes públicos, de trabalho ou nas relações interpessoais eventuais. Nessa situação, o sistema penal e processual a ser aplicado é o sistema comum, que se fundamenta em garantias aos réus – de forma excessiva, e que não prevê qualquer proteção à vítima.

Extrai-se, ainda, que a exigência legal de elementar relacionada ao motivo da violência – o gênero - cria situações dúbias, capazes de excluir a proteção à mulher vítima, fisicamente mais frágil, em situações de disputas patrimoniais ou pessoais que tenham como fundamento principal não o gênero, mas a ganância ou qualquer outro sentimento nefasto.