

Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência Contra as Mulheres

Marcelo Alberto Chaves Villas¹

Não há como olvidar que a Lei nº 11.340/06, a denominada Lei Maria da Penha, traduz-se em um avanço legislativo no sentido de assegurar a concepção da proteção jurídica integral ao gênero das mulheres, que hodiernamente ainda sofrem discriminações e toda sorte de violências no âmbito doméstico, obedecendo, deste modo, com proficiência, ao mandamento constitucional implícito de incriminação eficaz da violência contra a mulher no âmbito das relações familiares, conforme prescreve o § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, redigido nos seguintes termos: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Da norma acima transcrita, decorre o princípio da proteção que o Estado deve dispensar concretamente à entidade familiar, base da sociedade, com o escopo de se elidir qualquer forma de violência porventura verificável no seu seio. Para tanto, a legislação infraconstitucional confere eficácia ao aludido princípio através da Lei nº 11.340/06, vez que, o que se entende por eficácia, é um atributo associado a uma norma jurídica consistente na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida juridicamente se necessário.

Para eficácia de um princípio ou de uma norma, faz-se necessária uma hermenêutica alicerçada em interpretação da sua eficácia jurídica positiva ou simétrica, que consiste em reconhecer aquele que seria beneficiado pela própria norma ou princípio, em suma, conhecer aquele que deveria

¹ Juiz de Direito Titular da Vara Criminal de Itaboraí.

ser beneficiado pela realização de seus efeitos, de modo a que se obtenha a tutela específica da situação contemplada no texto legal.

No caso do mencionado § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, a norma constitucional visa não só a assegurar a harmônica convivência nas relações familiares, como também a assegurar a igualdade entre os gêneros. Com efeito, como nas entidades familiares verifica-se histórica e culturalmente a desigualdade material entre homens e mulheres em prol do gênero masculino, para que, haja então, a eficácia vedativa do retrocesso social, pressupõe-se que a legislação infraconstitucional contemple com a tutela jurídica específica de proteção a parte que, ainda em pleno século XXI, é reputada como a mais vulnerável à violência em uma relação de cunho familiar, a saber, o gênero das mulheres. Isso em que pese todo o avanço educacional, profissional, socioeconômico, jurídico e cultural vivenciado pelas mulheres ao longo de todo o século passado e da segunda metade do século XIX, a partir de eventos históricos determinantes como o emprego da força laborativa das mulheres na segunda fase da Revolução Industrial e nas duas Grandes Guerras, do avanço da percepção jurídica e filosófica da igualdade dos gêneros e da própria luta feminista de reivindicação do direito à igualdade.

A vedação do retrocesso está umbilicalmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais a serem concretizados por normas infraconstitucionais com base no direito constitucional em vigor, almejando-se a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Frisando-se que, no pós-positivismo, haurido de uma principiologia cujo núcleo essencial é a concepção da dignidade da pessoa humana com valoração normativa-constitucional, o papel do Estado não é mais o de apenas assegurar as liberdades individuais sob o prisma formal, a saber, o papel de se abster de violar os direitos fundamentais, mas sim o de concretizá-los com ações afirmativas, sobretudo no campo do direito à igualdade, com o escopo de se efetivar a igualdade material entre todos os sujeitos de direito. Daí advir, inclusive, os deveres estatais impostos pela própria norma constitucional de proteção aos desiguais e de incriminação das condutas que conspurquem o alcance da igualdade material entre todos os seres humanos.

Para exemplificar, na efetivação da dignidade da pessoa humana a Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de proteção inte-

gral à criança e ao adolescente, impondo ainda um mandamento explícito de incriminação contra a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, que está previsto no § 4º do artigo 227 e descrito da seguinte forma: *“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual contra a criança e o adolescente”*.

O princípio da dignidade da pessoa humana no pós-positivismo transcendeu, portanto, o plano meramente axiológico para o de princípio com valor normativo central da ordem constitucional, pois nele se alicerçam todos os demais direitos fundamentais, não havendo hierarquia entre os demais direitos fundamentais ante ao princípio da unicidade da Constituição. Entretanto, não seria uma subversão dessa concepção de não hierarquização dos direitos fundamentais, a admissão do discurso assentado sobre o escólio do renomado constitucionalista Gomes Canotilho no sentido de que o direito a igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais e, por conseguinte, ponto de partida da efetivação da dignidade da pessoa humana.

Todavia, no que tange à violência no âmbito das relações de convivência doméstica entre cônjuges e companheiros, a Constituição não faz mandamentos explícitos de incriminação severa desse fenômeno, cujo enfoque desta análise é justamente o da violência do convivente contra a mulher ou contra a companheira, o que infelizmente ainda ocorre comumente no Brasil, consoante revelam as elevadas estatísticas de agressões registradas contra mulheres no âmbito das relações familiares. Tal se deve ao fato de que a fenomenologia da violência contra este gênero dá-se das mais variadas formas, havendo a violência psíquica, moral, patrimonial e, sobretudo, a física, que podem ocorrer em diferentes graus. Pode ainda se verificar a violência contra a mulher no âmbito das relações familiares de forma reiterada ou esporádica.

Isto não quer dizer que não haja mandamentos implícitos na Constituição Federal de punição severa de determinadas espécies de condutas violentas praticadas contra mulheres no âmbito das relações domésticas, ou que condutas de menor gravidade praticadas contra este gênero nas relações familiares não comportem deveres estatais de proteção a serem concretizados pelo Direito Penal a partir de uma imposição constitucional, a saber, o da imposição contida no já mencionado § 8º do artigo 226

da Constituição Federal. Caberá, portanto, à legislação infraconstitucional penal fazer a proficiente gradação, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, o mandamento contido no aludido § 8º do artigo 226 da Constituição Federal preceitua, como concepção nuclear, a criação de mecanismos de coibição da violência doméstica. Destarte, por mecanismos de coibição abre-se um elastério de medidas a serem adotadas para a elisão de tais práticas, não sendo o direito penal, que atua como *ultima ratio*, a única saída para uma política de proteção da família, mormente, a única via para o combate da fenomenologia da violência contra a mulher, ante a complexidade das relações afetivas neste mundo pós-moderno. Nessa esteira, para o restabelecimento da harmônica convivência entre casais, ou para a cessação da violência contra a mulher nas relações familiares, sopesando-se a interdisciplinaridade do tema, não se exigirá só a atuação da Ciência do Direito, traduzida especificamente na aplicação do Direito Penal, mas demandar-se-á também a atuação de outras disciplinas e de outros profissionais, como psicólogos e assistentes sociais.

É indubitável que tais mecanismos devem comportar a imprescindível e eficaz atuação do Direito Penal, mas se a fenomenologia da violência contra a mulher nas relações familiares exsurge de uma gama complexa das mais variadas problemáticas, tais como questões educacionais, psíquicas, socioeconômicas, sociológicas, culturais e, inclusive, de saúde pública, como o alcoolismo e o uso de substâncias entorpecentes, não será só o Direito Penal que fará o papel de conformação da vida com a deontologia do Direito.

Se o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal preceitua que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, depreende-se que a interpretação teleológica da norma constitucional que coíbe a violência nas relações familiares é a da efetiva proteção de todos os envolvidos nesse fenômeno, embora haja gradação dessa proteção em atenção à desigualdade entre os gêneros que compõem a própria relação familiar. Para exemplificar, a família, por vezes, não é composta apenas por homem e mulher, mas também pela prole, os filhos que sofrem abalos psíquicos e morais pela violência praticada no seio familiar. Em outras situações, não é só a mulher quem sofre com as agressões morais e físicas, tais agressões às

vezes são mútuas, entre homens e mulheres, muito comum em famílias em que ambos os conviventes sofrem com os efeitos deletérios do alcoolismo e de toxicomanias.

Depreende-se, assim, que a questão da desigualdade entre homens e mulheres, em prol deste primeiro gênero, não será em alguns casos sempre a regra. Há casos em que o homem poderá figurar como o dependente econômico da mulher, ante aos avanços socioeconômicos de muitas mulheres nas últimas décadas, bem como haverá casos em que a questão da diversidade física entre os gêneros poderá pender favoravelmente para o lado feminino, em razão de deficiências físicas ou motoras do homem, ou até em função de diversidades etárias entre os conviventes, quando o homem possui idade bem mais avançada do que a da mulher. De outra forma, poderá haver casos em que a diversidade física em prol da mulher é resultante de uma prática desportiva desempenhada pela mulher, inclusive em caráter profissional.

Hodiernamente, existem também entidades familiares formadas por casais do mesmo sexo, ante o direito constitucional assegurado à liberdade de orientação sexual, em que o fenômeno da violência pode também exsurgir, não havendo nestes casos diversidade de gêneros. O próprio Pretório Excelso já reconheceu, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, por unanimidade, a união homoafetiva como entidade familiar.

Em outros casos, como os de transexuais que se submeteram à intervenção cirúrgica denominada comumente de mudança de sexo através da transformação da genitália externa do indivíduo, já há decisões judiciais reconhecendo o direito da alteração dos assentamentos no Registro Civil de Pessoas Naturais do nome e do sexo do indivíduo. Assim, poderia o transexual que sofresse violência em uma relação afetiva duradoura também invocar a proteção da denominada Lei Maria da Penha, fugindo da concepção clássica de desigualdade de gêneros que alicerçou os fundamentos da aludida legislação.

Não obstante, as exceções às regras não são os fatores que conspurcam a criação de mecanismos infraconstitucionais penais eficazes de especial proteção às mulheres no âmbito das relações familiares, dado que a fenomenologia da violência contra a mulher nas relações domésticas no

Brasil, com elevadas estatísticas, demanda, de fato, a existência de uma legislação de cunho penal protetiva do gênero feminino, havendo ainda, apesar de todos os avanços das últimas décadas, desigualdades materiais entre homens e mulheres nas relações familiares, mormente em função dos baixos índices de desenvolvimento humano de grande parcela da população brasileira, em consequência de atrasos educacionais e socioeconômicos, concernentes a questões como habitação, saúde, saneamento básico e transporte público, ante a deficiência, durante décadas, da implantação efetiva de políticas sociais por parte do Estado, seja por razões ideológicas, seja pelo fenômeno da corrupção endêmica que assola todos os setores da vida pública brasileira. Isto sem contar com as diferenças regionais marcadas pela gênese da industrialização no último século no eixo sudeste-sul, em detrimento das demais regiões. Há ainda questões sociológicas e culturais que permeiam a continuidade do machismo e do chauvinismo em todas as classes econômicas da sociedade brasileira.

O que então embaraça a efetiva proteção da mulher nas relações familiares ante ao fenômeno da violência é a adoção de um sectarismo cego, que exclui a eficaz proteção da família em detrimento de uma exclusiva pseudoproteção do gênero histórica e culturalmente mais vulnerável no âmbito doméstico.

Tal empecilho a uma efetiva proteção familiar ocorre em virtude da falta de razoabilidade e proporcionalidade de alguns preceitos contidos na legislação infraconstitucional protetiva, a saber, na Lei nº 11.340/06, vulneradora do próprio princípio da igualdade. Preceitos estes que se alicerçam na cega fé da necessária existência de uma persecução penal em juízo e, porventura, de uma ulterior eficácia da pena privativa de liberdade, como únicos meios idôneos de combate da fenomenologia da violência contra as mulheres nas relações domésticas e familiares em detrimento de outros métodos de composição de conflitos de interesse que poderiam ser efetivados no bojo do próprio procedimento criminal iniciado com o registro de ocorrência da agressão à mulher em sede policial.

Tal inflexibilidade contrasta com a própria concepção do Direito Penal Mínimo e da falibilidade da pena de prisão aventada pela corrente garantista e abolicionista, inflexibilidade esta que quiçá seria mais adequada à agravação penal de outras condutas criminosas que estão desproporcional-

mente capituladas em nossa legislação infraconstitucional, como crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo. Outras condutas criminosas de certa gravidade e nefastas consequências que não deveriam ser contempladas com a adoção de institutos despenalizadores aplicados a partir da Lei nº 9.099/95, como os crimes de receptação, na forma simples, e estelionato.

Ressalta-se que tal rigor desproporcional trazido pela Lei nº 11.340/2006 nas hipóteses de práticas de violências contra a mulher nas relações domésticas não diz respeito a condutas de intensa gravidade, como as práticas de lesões corporais graves ou gravíssimas, homicídios e estupros, vez que as punições severas de tais condutas já advêm das próprias cominações sancionatórias dessas práticas previstas na Parte Especial do Código Penal.

Assim, o problema está justamente nas punições de práticas de violências contra as mulheres nas relações familiares de menor intensidade gravosa, isto quando o novel subsistema protetivo infraconstitucional penal rejeita a possibilidade da adoção de outras formas de composição ou da adoção de outros institutos despenalizadores. Por via de consequência, quando essas outras formas, casuisticamente, sugerirem-se mais críveis para a elisão do problema da violência familiar, a vedação da adoção de institutos despenalizadores consistirá em um óbice legal à proteção efetiva do próprio núcleo familiar. Assim, ante a inflexibilidade legal, processar-se-á criminalmente o agressor, mas não se atingirá a solução do foco do problema.

São, por exemplo, hipóteses de lesões corporais leves que são praticadas contra as mulheres no âmbito doméstico, ainda em um estágio inicial do comportamento agressivo, estágio embrionário, no qual há ainda a possibilidade de reversibilidade do comportamento agressivo do homem. Tal possibilidade não infirma a gravidade da conduta agressiva do homem nas relações domésticas, conquanto os meios de coibição da violência doméstica em um estágio inicial devem ser sopesados com razoabilidade e proporcionalidade.

Exemplificando, imagine uma dada situação em que o marido tenha perdido recentemente o emprego. Em um primeiro estágio, esse marido prostra-se, faltando-lhe a força moral para superar as suas novas dificuldades financeiras. Em um segundo estágio, ele passa a se entregar ao ócio e ao

abuso do álcool ou de outras substâncias de efeitos análogos. Daí exsurge o comportamento agressivo com a esposa e os filhos, nunca dantes apresentado. Dessa situação, resultam-se duas agressões físicas registradas como delitos de lesões corporais leves previstos no artigo 129, § 9º, do Código Penal.

Ante a aplicação draconiana do novel subsistema protetivo infra-constitucional penal da mulher vítima de violência familiar afigurar-se-ia impossível qualquer possibilidade de adoção prévia do sistema do *nolo contendere*, estando o Ministério Público impedido de propor ao autor da agressão uma proposta de transação penal consistente na inserção deste homem em um programa de tratamento de alcoolismo ou de prevenção de abuso de drogas, acompanhada ainda de interdição temporária de direitos consubstanciada na proibição da frequência de lugares onde haja consumo de álcool ou de outras substâncias de efeitos análogos, além da imposição de limitação de finais de semanas em casa de albergado, ou perante o próprio Juizado da Violência Doméstica, onde sejam ministrados cursos tendentes a conscientizar o agressor do mal causado pela violência no seio familiar.

Na hipótese sugerida, o juízo ou a equipe interdisciplinar estariam ainda de mãos atadas para tentar inserir o marido em um programa eficaz de orientação profissional e reinserção no mercado de trabalho. Em decorrência, outra hipótese não haveria senão a da propositura da respectiva ação penal em face desse marido, mormente ante a impossibilidade de retratação da vítima, sendo ainda vedada qualquer possibilidade de suspensão condicional do processo, nos moldes do artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Suspensão essa que poderia ser aplicada com as condições já acima descritas, consoante prevê o § 2º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Assim, ao final do processo, não haveria outra saída ao Juiz senão a imposição, por sentença, ao marido agressor, de uma pena privativa de liberdade. A substituição dessa pena por uma sanção restritiva de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, também poderia estar obstada, pois, mesmo que superado o pressuposto objetivo de o crime ter sido cometido com violência, ante a existência de corrente jurisprudencial que exclui desse requisito a lesão corporal leve como delito autônomo, a eventual existência de outra agressão ou ameaça registrada pela esposa/

vítima poderia vir a infirmar os bons antecedentes, que se traduzem em pressuposto subjetivo para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De igual modo, infirmados os bons antecedentes do marido agressor, a suspensão condicional da pena também poderia estar excluída, *ex-vi* o inciso II do artigo 77 do Código Penal.

Desse modo, em uma análise estritamente legalista, a única saída dada pelo novel sistema protetivo seria a da segregação física do marido e a sua inserção no nosso falido sistema penitenciário. Sendo certo que, uma vez condenado ao cárcere, o esposo teria ainda mais dificuldades para sua futura reinserção no mercado de trabalho ou para a superação de seus problemas de dependência psíquica de substâncias nocivas à saúde. Proteger-se-ia, então, a família em uma hipótese de reversibilidade do comportamento agressivo do marido? Como ficariam os filhos do casal ou mesmo a esposa, na hipótese de hipossuficiência e dependência econômica desta?

A resposta só pode ser a de que tal mecanismo de coibição da violência no âmbito familiar não atende aos anseios sociais nem ao mandamento constitucional expresso no § 8º do artigo 226 da Constituição Federal. Transpondo tal exemplo para a hipótese de uma família de baixa renda, residente na periferia de uma grande metrópole brasileira, a almejada proteção do núcleo familiar por esse mecanismo infraconstitucional de coibição da violência familiar estaria completamente conspurcada, e só significaria mais uma contribuição ilegítima ao desequilíbrio familiar e ao quadro de caos social de considerável parcela da população brasileira.

Diante de tal inflexibilidade legal, há que se indagar qual seria a razão da existência, nos Juizados da Violência Doméstica, de uma equipe de atendimento multidisciplinar formada por profissionais especializados nas áreas de apoio psicossocial e de saúde, voltada para a orientação e desenvolvimento de trabalhos de prevenção não só da vítima, mas também do agressor, como preveem os artigos 29 e 30 da Lei nº 11.340/06?

A única conclusão plausível é a de ocorrência de antinomia das normas acima descritas com o próprio artigo 41 da Lei Maria da Penha, que veda a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica.

É indiscutível que em outras situações somente a sanção de uma

pena privativa de liberdade será suficiente para a cessação da violência no âmbito familiar, mormente para evitar a prática de crimes mais graves por parte do agressor contra a mulher, como lesões corporais graves e homicídio. Não obstante, a cognição de tais situações depende de uma análise judicial, que será sempre casuística, a saber, pelo cotejo das circunstâncias da violência familiar no caso concreto, e não pela imposição de um modelo estático elaborado previamente pelo legislador infraconstitucional.

Não se olvida que a coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher pela legislação infraconstitucional obedece não só a um mandamento constitucional, como também decorre da inserção do Brasil em uma comunidade internacional amparada por normas cogentes de Direito Internacional Público. A Lei Maria da Penha assenta-se não só no § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, como também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Inobstante, as aludidas normas cogentes hauridas do Direito Público Internacional quando estabelecem como deveres do Estado a inclusão no Direito Interno de normas penais que visem a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, não vedam que sanções alternativas sejam também aplicadas aos que praticam violência contra a mulher no âmbito familiar.

A inobservância das normas de Direito Internacional Público somente ocorreria se o Estado brasileiro não dispusesse, na legislação infraconstitucional penal, de sanções críveis contra as práticas de violência contra a mulher. De igual modo, a Lei Maria da Penha atende perfeitamente o disposto no artigo 7º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, quando prevê medidas cautelares contra eventuais ameaças e intimidações do agressor e de mecanismos legais de assecuração da integridade física da ofendida. Neste aspecto, a Lei nº 11.340/06 é perfeita, ao prever medidas cautelares específicas contra o agressor consistentes na suspensão da posse ou restrição do porte de armas de fogo, no afastamento do agressor do lar, na proibição de contato com a vítima, seus familiares e testemunhas, inclusive com a proibição de apro-

ximação dos aludidos envolvidos, bem como na suspensão ou restrição de visitas aos dependentes menores.

Como forma de coibição da violência patrimonial contra a mulher, a Lei Maria da Penha prevê a possibilidade do magistrado do Juizado da Violência Doméstica estabelecer, em prol da vítima agredida e em desfavor do agressor, a fixação de alimentos provisórios.

A novel sistemática processual penal das medidas cautelares pessoais ainda prevê a prisão preventiva do agressor, para garantir a execução de medidas preventivas de urgência no âmbito da violência doméstica, conforme estabelece o artigo 313, III, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2012. Corroborando-se, assim, a previsão já contida no artigo 20 da Lei nº 11.340/06. Todavia, o fundamento da prisão preventiva deve se ater à efetivação da medida protetiva de urgência em prol da mulher que é vítima de violência doméstica.

A própria cominação penal nas ofensas leves à integridade corporal nas relações domésticas e de coabitação, com sanção mais severa do que a pena prevista para a lesão corporal leve em outras situações, já passa automaticamente a classificar uma lesão corporal leve contra uma mulher no âmbito familiar como sendo crime de médio potencial ofensivo, vez que pena prevista no § 9º do artigo 129 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.340/06, é de detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos. A partir dessa nova classificação, as hipóteses de agressão do homem contra a mulher no âmbito doméstico podem ensejar não só a prisão em flagrante do agressor, como também a sua autuação em flagrante pela autoridade policial, não sendo possível a mera lavratura de Termo Circunstanciado com o compromisso do autor do fato de comparecer ao Juizado. A própria Lei nº 11.340/06 preceitua, no seu artigo 10, que, na hipótese de iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento adotará imediatamente as providências cabíveis.

Pode-se ainda questionar se a pena diferenciada prevista no § 9º do artigo 129 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.340/06, não fere o princípio da isonomia e da proporcionalidade.

Dessa forma, não há omissão estatal na proteção dispensada mulher vítima de violência familiar. Assim, se no direito interno existisse a previsão de imposição de sanção alternativa ao marido, companheiro ou convivente que agredisse a mulher no âmbito das relações domésticas, em hipóteses em que houvesse constatação de reversibilidade do comportamento agressivo, tal previsão não discreparia, então, das exigências de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, que são feitas pela ordem jurídica internacional. Destarte, se houvesse tal previsão na Lei Maria da Penha não haveria violação das normas de Direito Público Internacional nem tão pouco violação ao subprincípio constitucional implícito do Estado Democrático de Direito de vedação de proteção deficiente.

No caso específico da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, se o direito interno admitisse a adoção preventiva de imposição inicial de sanções penais alternativas para as agressões leves perpetradas por homens contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar, sopesando-se uma forma de punição proporcional e com severidade gradativa com a reiteração dessa conduta, tal opção não se traduziria em omissão estatal, mas sim em uma escalada racional do enfrentamento do problema da violência familiar, a partir da aplicação inicial de ações preventivas para o seu enfrentamento, quando o mesmo exsurgesse em uma determinada entidade familiar, para que então só com a falibilidade da intervenção estatal preventiva, a instância judicial passasse a adotar punições mais severas com os escopos de repressão e erradicação da situação de violência.

Os defensores radicais do novel subsistema infraconstitucional penal de proteção da mulher, vítima de violência no âmbito familiar, confundem, portanto, a deficiência de proteção com a aplicação razoável e proporcional de métodos de coibição da violência familiar a partir da gradação progressiva das sanções alternativas para a imposição das sanções mais severas. Transparece que os aludidos defensores superestimam as funções da pena privativa de liberdade, sob o enfoque da função de prevenção especial positiva, legitimando o poder punitivo ao atribuir-lhe o condão mágico de melhorar o infrator, bem como sob o enfoque da função preventiva negati-

va, crendo que somente a segregação cautelar irá neutralizar o agressor.

Curioso que tal visão propositiva sobre a pena privativa de liberdade não esteja inserida em nosso ordenamento pátrio em relação a inúmeras outras condutas criminosas deveras nocivas à sociedade. Ao contrário, na questão da violência familiar, uma questão complexa à qual o autor foge do papel criminológico clássico, a adoção de um sistema penal alternativo seria por certo a opção mais adequada. Entretanto, um sectarismo obtuso e, *permissa venia*, um sentimento revanchista identificável em uma parcela do respeitável movimento feminista e de emancipação das mulheres influenciou a *mens legislatoris* na criação de um subsistema penal inflexível de proteção da mulher no âmbito das relações familiares, o que se deu em prejuízo da própria proteção efetiva de todo o núcleo familiar.

Ad argumentandum tantum, criticável, portanto, a decisão do Pretório Excelso no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, na data de 09/02/2012 que, por unanimidade, declarou a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha.

Entendo que o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 é inconstitucional por vulnerar flagrantemente o princípio constitucional da igualdade, garantido a todos os cidadãos pelo artigo 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal, independentemente do destinatário da garantia ser homem ou mulher. Destarte, o aludido inciso I do artigo 5º da Carta Magna aduz que: “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*”.

O artigo 41 da denominada Lei Maria da Penha veda a aplicação de institutos ditos despenalizadores, que são previstos na Lei nº 9.099/95 para os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista no preceito secundário da norma incriminadora violada. Portanto, tal norma, dita protetiva, tem como destinatários os homens que, na qualidade de sujeitos ativos de crimes perpetrados contra as mulheres no âmbito familiar, não podem mais se beneficiar da adoção de institutos que visam à conciliação como forma precípua do restabelecimento da ordem e da paz social, mediante o sistema ora adotado pelo nosso ordenamento pátrio do *nolo contendere*, conforme existente no direito italiano.

Consequentemente, a aludida vedação legal, que é flagrantemente inconstitucional, está inteiramente em desacordo com a novel política criminal que encara a inquestionável falência da pena de prisão como instrumento de regeneração social, mormente em relação aos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, posto que, para os delitos mais graves, outra saída não há, senão a adoção da pena de prisão, como se dá em relação às penas aplicadas aos delitos classificados como gravíssimos pela própria legislação infraconstitucional, cuja hediondez lhes é ínsita ante ao sentimento de repugnância social que tais condutas provocam, como assim o faz a Lei nº 8.072/90.

No caso do delito de lesão corporal leve perpetrado contra a mulher ou qualquer outro membro da família no âmbito familiar, a sua pena foi elevada pelo novel preceito secundário do § 9º do artigo 129 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.340/06. No entanto, cabível ainda, em tese, a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, mormente porque a teleologia de tal elevação somente pode ser a proteção da família, célula primordial da sociedade, tendo sido tal proteção anteriormente já introduzida pela Lei nº 10.886/2004 e ora ampliada pela aludida Lei Maria da Penha em relação a tal lesão corporal leve ora reputada como ‘qualificada’, o que, de forma alguma, vulnera o princípio da isonomia, embora haja corrente que avenge a violação dos princípios da igualdade e proporcionalidade acarretada pela aludida elevação do citado preceito secundário.

Todavia, no caso específico do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, é indubitável o tratamento discriminatório dispensado por esta novel legislação especial penal em relação aos homens, tendo em vista que é vedada, constitucionalmente, a adoção de qualquer discriminação em razão de sexo, raça, origem social ou orientação sexual. Ademais, a proteção da família e das relações domésticas de coabitação não será implementada por mera norma incriminadora e pela vedação legal da adoção de institutos despenalizadores aos seus autores, mas sim por políticas públicas e sociais que elevem o nível social dos brasileiros como um todo, protegendo, assim, de forma mais profícua a família, principal célula da sociedade.

A norma que suscita a questão em voga ainda é inconstitucional por ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não sendo proporcional o tratamento ora dispensado pelo aludido artigo 41 da Lei nº 11.340/06 aos sujeitos ativos dos crimes de lesão corporal leve contra as mulheres, no âmbito familiar, se comparado tal tratamento em relação a outros sujeitos ativos dessa espécie de crime praticados em outras circunstâncias que não envolvam as relações familiares. Assim, mesmo que considerada a teleologia da norma ora questionada no sentido da ampliação da proteção da família, ainda vislumbra-se a sua flagrante desproporcionalidade.

Tal proteção esdrúxula, em verdade, impede a reconciliação familiar, podendo engendrar situações absurdas, como na hipótese de uma briga inusitada entre conviventes de longa data levada ao conhecimento do Poder Judiciário, na qual haja a reconciliação superveniente do casal após já ter sido ajuizada a ação penal, quando não mais será cabível a retratação, *ex-vi* o artigo 102 do Código Penal. Assim, permanecerá o marido ou companheiro sendo processado por crime perpetrado contra a sua esposa ou companheira em prejuízo, então, da própria entidade família, o que, ao final, se consubstancia em uma interferência indevida e desproporcional do Estado nas relações familiares e de coabitação.

Imagine-se se no exemplo acima dado a briga entre o casal tenha resultado em uma lesão corporal levíssima decorrente de um empurrão do companheiro desferido contra a mulher. Será que o ajuizamento da ação penal com a ulterior prolação de sentença de mérito traduz-se na única via adequada e proporcional?

Se sopesada tal hipótese com o cotejo do subprincípio constitucional do Estado Democrático de Direito da proporcionalidade em sentido estrito, a resposta para a indagação acima somente poderá ser negativa.

Conforme o escólio do Mestre Luís Roberto Barroso em sua obra “Curso de Direito Constitucional”: ***“o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou***

necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”².

Na hipótese da briga inusitada entre conviventes de longa data da qual resultasse uma lesão corporal levíssima na mulher, verificar-se-ia, portanto, a impossibilidade de retratação da vítima que tivesse registrado tal fato, mesmo que antes do ajuizamento da ação penal. De igual modo, verificar-se-ia a impossibilidade prévia da adoção de qualquer outra forma de sanção alternativa ao autor do fato, senão a de uma sanção fixada por sentença penal condenatória, mesmo que consistisse tal sanção em pena restritiva de direitos.

Ora, a solução em epígrafe dada pelo subsistema penal de proteção da mulher nas relações domésticas consiste em falta de adequação entre o fim perseguido, que é a proteção da família, e o meio empregado, vez que a sentença penal condenatória, no exemplo dado, consistiria em medida inexigível, desnecessária e desarrazoada para proteção do núcleo familiar, o que ocorreria em prejuízo de um direito individual à liberdade do convivente desnecessariamente denunciado, processado e condenado. Depreendendo-se, por conseguinte, que a proporcionalidade em sentido estrito estaria também conspurcada, pois o que se perderia com a medida é de relevo maior do que se efetivamente ganharia, a saber, a própria proteção do núcleo familiar. Ante a tais considerações é que reputo o artigo 41 da denominada Lei Maria da Penha, de natureza penal, como sendo, inequivocamente, inconstitucional, em que pese a recente decisão do Supremo Tribunal Federal com eficácia *erga omnes*.

No caso específico do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 não há conformação dessa norma com a própria Constituição Federal, mormente porque as Convenções Internacionais ingressaram em nosso ordenamento pátrio com a natureza jurídica de lei ordinária; normas internacionais nas quais se

2 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** - 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

baseia a Lei Maria da Penha e se afastam equivocadamente para introduzir uma inflexibilidade penal, sendo ainda certo que a Constituição Federal não pode vir a ser interpretada a partir da legislação infraconstitucional. Assim, naquilo em que a Lei nº 11.340/06 não se coaduna com a Constituição, impunha-se, *permissa venia*, que o Pretório Excelso determinasse o seu afastamento, como, aliás, vinha fazendo inúmeros órgãos jurisdicionais do Judiciário brasileiro através do controle difuso da constitucionalidade das leis e das espécies normativas.

Em prosseguimento, a aludida Lei Maria da Penha, ao vedar a incidência da Lei nº 9.099/95, gerou questionamento no sentido de a ação penal continuar, ou não, a ser condicionada à representação da ofendida em relação ao crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher no âmbito familiar, tal como determina o artigo 88 da Lei nº 9.099/95. Porém, como a mencionada lei continua a fazer menção à ação penal pública condicionada à representação no corpo de seu texto, vinha se entendendo como ainda cabível a representação da ofendida, conforme prescreve a lei no seu artigo 12, inciso I, quando preceitua que a autoridade policial tomará a representação a termo, se a vítima for apresentada. De igual forma, o artigo 16 da Lei Maria da Penha prevê que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, só será admitida a renúncia ao direito de representação perante o juiz, em audiência especialmente designada para este fim, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Ocorre que, com o recente julgamento do Pretório Excelso na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, firmou-se o entendimento de que a ação penal de iniciativa pública é incondicionada em relação ao crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, consubstanciando-se tal decisão, *permissa venia*, em mais uma vulneração ao princípio da igualdade.

Registre-se que a aludida declaração de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* atingirá, indubitavelmente, processos em curso nos Juizados da Violência Doméstica por todo o Brasil, pois perante muitos desses órgãos jurisdicionais exerceu-se o controle da constitucionalidade,

inidenter tantum em relação ao aludido artigo 41 da Lei Maria da Penha, admitindo-se, por via de consequência, a suspensão condicional do processo, nos moldes da Lei nº 9.099/95. Destarte, se ainda pendente o período de prova, ante a decisão vinculante do Pretório Excelso no controle concentrado, os juízos deverão promover a revogação do benefício, a fim de se evitar processos de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. Sendo certo que a decisão proferida em ADC não pode ter caráter limitativo ou restritivo como permitido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ante ao permissivo do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que disciplina o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, pois a declaração de constitucionalidade de uma lei somente poderá ter efeito *ex tunc*.

O artigo 41 da Lei Maria da Penha, no que concerne ao afastamento das disposições contidas na Lei nº 9.099/95, dentre as quais o próprio artigo 88 que preceitua que dependerá de representação os crimes de lesões corporais leves, traduz-se, assim, em uma vulneração ao subprincípio da proibição geral do arbítrio haurido do princípio da igualdade. A fórmula da igualdade somente poderá ser resolvida pela proibição geral do arbítrio, vez que consubstanciada na concepção de que o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente. Todavia, tal concepção de igualdade justa pressupõe um juízo e um critério de valoração que, ao final, assentar-se-á em um critério material objetivo.

O Mestre Gomes Canotilho, em sua magistral obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, explica bem como o subprincípio da proibição geral do arbítrio é sintetizado como princípio limite para o atingimento da igualdade justa, escólio cuja transcrição se faz imprescindível, *ipsis litteris*:

“O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, esse princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das rela-

ções de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um fundamento razoável implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração”³.

No caso da Lei Maria da Penha, a vedação da adoção dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95 não é de forma alguma um tratamento desigual entre os desiguais, de modo a se alcançar a igualdade material, pois o fundamento da proibição não encara com seriedade a teleologia do mandamento constitucional contido no § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, que é o da proteção da família como célula essencial da sociedade e o da criação de métodos eficazes para a erradicação da violência familiar. De outro lado, a vedação questionada não tem sentido legítimo ante ao fato de que o sentimento agressivo é um fenômeno psicossocial, um sentimento ínsito à natureza humana, não sendo a existência de uma relação jurídico-processual, com a ulterior imposição de uma pena, a única forma legitimadora da erradicação da fenomenologia complexa da violência familiar. Por fim, a adoção de uma função especial positiva ou negativa da pena não é fundamento jurídico razoável para que se estabeleça uma diferenciação jurídica quando outros métodos de composição, mormente métodos previstos na própria legislação infraconstitucional penal, possam revelar-se mais eficazes para a solução da problemática da violência familiar.

Dessa maneira, se houvesse igualdade jurídica em relação à aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95 aos casos de violência domésti-

3 CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* - 7ª ed. – Coimbra: Edições Almedina, p. 428.

ca e familiar contra a mulher, inexistiria arbítrio nem tão pouco a imprescindibilidade justificadora de tratamentos diferenciados. Como também inexistiria insuficiência de proteção a justificar tratamento jurídico diferenciado como meio de alcance da igualdade material, especialmente com a adoção de soluções paternalistas e demagógicas.

Assim, há que se abrir um parêntese para ressaltar que o Estado deve proteger a família, entretanto, o espírito da Constituição Federal de 1988 não é o da implementação de um Estado paternalista. Ao contrário, o espírito da Carta Magna é o da formação de um Estado que aja como um dos atores principais na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos. É neste sentido que a nossa Constituição é reputada como sendo uma constituição programática.

Nessa esteira, se de *lege ferenda* houvesse a possibilidade da retratação da vítima em relação ao crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher no âmbito familiar, a insuficiência de tratamento igualitário não se verificaria, mormente porque, nos termos do artigo 16 da própria Lei Maria da Penha, a retratação da vítima somente pode se dar perante o Juiz, após a oitiva do Ministério Público, com o escopo de que sejam elididas eventuais coações no curso do processo, isto sem contar com uma gama variada de medidas protetivas previstas na aludida legislação, dentre as quais o afastamento do lar do agressor e a proibição de contato. Destarte, avançar-se nesse sistema protetivo é a assunção pelo Estado de um papel paternalista e invasivo do próprio direito à liberdade das mulheres.

Louva-se, contudo, a proteção dispensada à mulher nas relações familiares pela Lei nº 11.340/06 que, a exemplo de outras leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, cria mecanismos eficazes de proteção integral e prevenção de qualquer tipo de violência contra as destinatárias ora contempladas, fazendo menção expressa inclusive da proteção patrimonial. Desse modo, permite-se a observância da igualdade entre homens e mulheres em termos materiais, e não meramente formais, ante aos aspectos históricos, antropológicos, sociais e políticos de dominação da mulher ao longo de séculos, eis que a ascensão política, social e profissional da mulher ocorreu somente no século XX, depois do

movimento feminista de reivindicação de direitos e da escalada profissional que as mulheres vivenciaram após terem sido requisitadas como força de trabalho nas duas Grandes Guerras do século passado.

No entanto, o tratamento desigual ora dispensado a homens e mulheres, com a recente declaração de constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha pelo Pretório Excelso em controle concentrado, somente poderá ser superado com a almejada arguição de descumprimento de preceito fundamental por parte de um dos legitimados descritos no artigo 103 da Constituição Federal em ADPF.

Ressalte-se que, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal, poderá vir a ser questionada a legitimidade da lei, tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (caráter incidental). Tal situação amolda-se perfeitamente à perplexidade da admissão ou não da previsão contida no artigo 88 da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre a exigência de representação da vítima para as ações penais relativas aos crimes de lesões corporais leves, mormente porque a vedação do artigo 41 da Lei Maria da Penha transparece destinar-se apenas a não aplicação dos institutos despenalizadores consubstanciados na transação penal e na suspensão condicional do processo. Não obstante, a aludida elisão de métodos alternativos de composição da lide penal também vulnera o princípio da igualdade.

Conforme prescreve o inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, que disciplina o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a aludida forma de controle concentrado da constitucionalidade será cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluído os anteriores à Constituição. Sendo ainda cabível a aludida forma de controle concentrado da constitucionalidade, conforme prevê a Lei nº 9.882/99, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Assim, transparece cristalina a discussão de que o artigo 41 da Lei Maria da Penha, ato emanado do Poder Público, viola preceito fundamental consubstanciado no direito à igualdade que está expresso no artigo 5º da Constituição Federal;

bem como viola os preceitos consubstanciados nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, com a decisão recente do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Constitucionalidade, a única saída que exsurge é a da propositura de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para sanar a controvérsia da constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha e lesões causadas a preceitos fundamentais pela vedação contida na aludida norma. Mormente porque a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é agora o único instrumento eficaz a ser manejado para sanar as lesividades acima apontadas. Destacando-se que o Pretório Excelso pode exercer um juízo de admissibilidade discricionário para utilização deste relevante instrumento de controle da constitucionalidade e da efetividade dos princípios e direitos fundamentais, sopesando-se o interesse público e a ausência de outros meios jurisdicionais efetivos. ◆