

A LEI MARIA DA PENHA E A FORÇA SIMBÓLICA DA “NOVA CRIMINALIZAÇÃO” DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.

LA LEY MARIA DA PENHA Y LA FUERZA SIMBÓLICA DE LA “NUEVA FORMA DE CRIMINALIZACIÓN” DA VIOLENCIA DOMESTICA CONTRA LA MUJER.

Marília Montenegro Pessoa de Mello

RESUMO

No Brasil, especialmente a partir da década de '80, as mulheres começaram a se organizar para ocupar espaços e combater leis e práticas que soassem preconceituosas e discriminatórias as mulheres. No ano de 1995, com a criação do Juizado Especial Criminal, começou a chegar ao judiciário, de forma crescente, denúncias de atos de violência física e moral praticados contra a mulher no âmbito da própria família. Durante a pesquisa, nota-se que, antes do advento dessa lei, essas denúncias não saíam da órbita da delegacia. Com a criação dos Juizados Especiais ocorreu a facilitação do acesso à Justiça e, dessa forma, passaram a ser mais visíveis os casos de violência doméstica. Com base nesse aparente aumento passou a existir, por parte dos grupos feministas, um movimento no sentido de afastar a lei dos Juizados Especiais Criminais nesse tipo específico de violência. O principal argumento é que essa lei era muito permissiva com os homens que agrediam as mulheres, por não aplicar a pena privativa de liberdade. Passaram os grupos feministas, com o intuito de proteger as mulheres e garantir a emancipação feminina nas relações domésticas e familiares, a defender uma lei que apresentassem consequências mais severas aos homens que cometessem tais condutas. Para atender essa demanda criminalizadora surgiu a lei 11.340/2006, denominada simbolicamente de lei Maria da Penha, que introduziu no sistema penal brasileiro um tratamento diferenciado para homens e mulheres quando praticam o mesmo fato criminoso num contexto de relação doméstica ou familiar. Questiona-se, neste artigo, como leis penais podem trazer algumas espécies de emancipação à mulher, já que historicamente essas leis só reproduziram desigualdades.

PALAVRAS-CHAVES: Lei 9.099/95. Deslegitimidade do sistema penal. Feminismo. Lei Maria da Penha. Função simbólica. Vitimização da mulher.

RESUMEN

En Brasil, especialmente a partir de la década de los 80, las mujeres comenzaron a organizarse para ocupar espacios y combatir leyes y prácticas que sonasen preconceptuosas y discriminatorias a las mujeres. En el año 1995, con la creación del Juzgado Especial Criminal, comenzaron a llegar al judiciario, de forma creciente, denuncias de actos de violencia física y moral practicados contra la mujer en el ámbito de la propia familia. Con base en este aparente aumento pasó a existir, por parte de los grupos feministas, un movimiento con el sentido de apartar la ley de los Juzgados Especiales en este tipo específico de violencia. El principal argumento es que la ley era muy permisiva con los hombres que maltrataban a las mujeres, por no aplicar la pena de privación de libertad. Pasaron los grupos feministas, con el objetivo de proteger a las mujeres y garantizar la emancipación femenina en las relaciones domésticas y familiares, a defender una ley que presentara consecuencias más severas a los hombres que cometieran tales conductas. Para atender esta demanda criminalizadora surgió la ley 11.340/2006, denominada simbólicamente de ley de Maria da Penha, que introdujo en el sistema penal brasileño un tratamiento diferenciado para hombres y mujeres cuando practican el mismo acto criminal en un contexto de relación doméstica o familiar. Se cuestiona en este trabajo cómo leyes penales pueden traer algunas especies de emancipación a la mujer, ya que históricamente estas leyes sólo reprodujeron desigualdades.

PALAVRAS-CLAVE: Ley 9.099/95. Deslegitimidad del sistema penal. Feminismo. Ley Maria da Penha. Función simbólica. Victimación de la mujer

1.0 O feminismo no Brasil e sua relação com o Direito Penal

Alguns autores afirmam que o “feminismo foi, e continua sendo, a maior e mais decisiva revolução social da modernidade”^[1], porém não é possível falar de um único feminismo^[2], pois as mulheres não formam um grupo homogêneo. Cada escritor feminista, homem ou mulher, apresenta uma abordagem influenciada pelo seu histórico de vida, sua formação, sua raça, sua ideologia e sua classe social. Embora existam “vários feminismos” esse movimento pode ser definido como:

[...] a criação e a justificação consciente (às vezes “inconsciente”), pelas próprias mulheres, de representações do feminino e da posição da mulher na realidade social - em contraste com as idéias aceitas de “senso comum” ou do dia-a-dia, que são tidas como impregnadas de concepções masculinas - , e que têm por objetivo a emancipação da mulher^[3].

As frentes de luta do movimento feminista são diversas, como a emancipação, a igualdade e a libertação das mulheres, assim como a transformação social do Direito e da cultura. Por isso, a rediscussão entre o público e o privado é tão importante na pauta dos movimentos feministas. Combater chavões como: “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, significa restringir o limite da intimidade, demonstrando que assuntos antes considerados “de família” devem estar no centro da atenção pública^[4].

No Brasil, a grande mudança no Direito foi a partir de 1988, com a Constituição Federal, que equiparou formalmente homens e mulheres^[5]. Todavia, a consolidação no campo cível só aconteceu

com o Código de 2002[6]. No campo penal nunca existiu diferença no tratamento dado ao homem e a mulher quando praticavam crimes, porém existia uma diferenciação entre as próprias mulheres quando essas fossem vítimas de crimes sexuais, a qual só foi superada, no plano legal, em 2005, como visto no capítulo primeiro da presente tese.

Não há dúvidas que para ocorrer essa modificação legislativa, em busca da igualdade formal entre o masculino e feminino, foi necessária uma verdadeira “luta”[7] dos grupos feministas[8]. No início da década de ‘80, surgiram pelo Brasil inúmeras organizações de apoio à mulher vítima de violência, tendo sido o SOS Mulher a primeira, fundada no Rio de Janeiro em 1981. O SOS Mulher tinha como objetivo atender as mulheres vítimas de violência e também proporcionar uma mudança na condição de vida dessas mulheres[9]. Nessa mesma década, surgiram as delegacias da mulher. No ano de 1982, quando os governadores voltaram a ser eleitos diretamente, os movimentos de mulheres propõem que as suas reivindicações sejam incorporadas aos programas dos candidatos, e uma das pautas passou a ser a violência contra a mulher. No dia 6 de agosto de 1985, o governador Franco Montouro, do Estado de São Paulo, criou, por decreto, a delegacia policial de defesa da mulher (DPDM), e em seguida, a criação dessa delegacia especializada ocorreu em vários estados[10].

Esse momento, ressalta Céli Pinto: “é um divisor de águas no movimento feminista.” As mulheres que formavam o SOS Mulher eram “cultas e politizadas” faziam parte dos partidos de esquerda que lutavam contra a ditadura militar no Brasil, essas mulheres, geralmente, não eram vítimas de violência física. Já as mulheres que eram atendidas pelo SOS Mulher[11] e pelas delegacias eram da classe operária, na maioria das vezes mães de muitos filhos, trabalhavam nas suas casas ou quando trabalhavam fora ganhavam salários irrisórios. As mulheres agredidas que procuravam o SOS Mulher “não queriam se tornar militantes feministas, queriam apenas não ser mais agredidas[12]”. O movimento feminista termina falando por mulheres que são vítimas de relações violentas. Essas vozes dificilmente seriam ouvidas se o movimento feminista não falasse por elas[13], porém isso não significa dizer que aquilo que está se falando reflete o desejo de todas as mulheres que são vítimas desse tipo de agressão[14].

Vale, ainda, destacar o movimento de mulheres no Brasil, que lançou a campanha “Constituinte para valer tem que ter direitos da Mulher”. Era o chamado *lobby* do batom[15], que tendo 26 deputadas federais constituintes[16], obtiveram importantes e significativos avanços na Constituição Federal de 1988. Segundo Maria Amélia Teles: “A mobilização das mulheres foi marcante - tanto no período que antecedeu as eleições como durante os trabalhos constituintes - e facilitada pela criação de órgãos específicos para questão da mulher[17]”. Dentro desses órgãos que cuidam especificamente de políticas públicas[18] voltada para as mulheres existe um forte movimento de modificação da legislação penal.

Como assevera Vera Andrade “o feminismo brasileiro se insere em um processo de dupla via e, portanto, ambíguo[19]”. No campo da política criminal, por um lado, as feministas buscam a descriminalização de várias condutas como, por exemplo: o aborto, alguns crimes relacionados à prostituição, a posse sexual mediante fraude, a sedução, o rapto o adultério, entre outros. Nesse contexto surgiu a lei 11.106/05, que entre outras alterações revogou os três últimos crimes, como visto no capítulo primeiro.

Paradoxalmente, existe também por parte das feministas uma grande demanda para enrijecer o sistema penal, quer seja criminalizando novas condutas, como foi o caso da criação do assédio sexual (art. 216-A do Código Penal introduzido pela lei 10.224/01) e da violência doméstica (§ 9º do art. 129 do Código Penal introduzido pela lei 10.886/04)[20], ou endurecendo as condutas já existentes, com o intuito de “proteger a mulher”, como é o caso da lei 11.340/2006[21].

Tanto o tipo penal de violência doméstica, quanto a lei 11.340/2006 surgiram através de reivindicações feministas para o combate da violência doméstica contra a mulher. Sem dúvida, existe uma dificuldade de se implantar um modelo para lidar com um conflito social tão delicado como o familiar violento. Em todo Brasil os Juizados Especiais Criminais, criados pela lei 9.099/95, tornaram-se responsáveis pela apreciação, de forma majoritária, de litígios que envolviam violência doméstica conjugal. Por isso, há quem defenda que essa lei teria naturalizado e minimizado a violência contra a mulher.

Segundo Lênio Luiz Streck:

Com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou a ‘surra doméstica’ com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. [...] O Estado assiste de camarote e diz: batam-se que eu não tenho nada com isto. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada ‘teoria do bem jurídico’, própria do modelo liberal individual de Direito[22].

Este argumento também foi defendido pelos grupos feministas que adotaram um discurso de confrontação e crítica aos Juizados.

Para Leila Barsted:

[...] levando-se em consideração a natureza da violência doméstica e a relação de poder presente nesses crimes, a Lei 9.099/95, ao incluir as ameaças e as agressões físicas no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, acabou por estimular a desistência das mulheres, através das audiências de conciliação, de processar seus maridos ou companheiros agressores. Como isso reforçou a cultura da impunidade que leva os homens a agredirem as mulheres[23].

Para grande parte dos discursos feministas, essa lei teria banalizado a violência doméstica e contribuído para: “o arquivamento massivo dos processos, a reprivatização do conflito doméstico e a

redistribuição do poder ao homem mantendo-se a hierarquia de gênero”[24]. Dessa maneira, a lei dos Juizados pode ser positiva se pensada à luz do autor do delito, mas não seria para a vítima.

A percepção do agressor ao sair do juizado é que o espancamento é permitido: basta que ele pague o preço. Mais uma vez os princípios orientadores da lei distanciam-se de sua aplicação prática e acaba importando nos Juizados resolver o processo e não o conflito. A vítima, que deveria encontrar maior satisfação e respaldo nesse sistema, sai absolutamente frustrada com a forma trivial e banal de tratamento de seu conflito, de sua agressão. Para ela não se faz justiça. Para ela a justiça foi negada, quando procurou o Estado para punir seu agressor[25].

É bem verdade que os críticos do juizado, por muitas vezes, desconhecem a necessidade das partes envolvidas no conflito e baseiam as suas críticas na famosa “pena de cesta básica” aplicada por vários promotores e juízes que se utilizam da “lei do menor esforço” para afastar a mediação e a utilização das penas alternativas mais adequadas para minoração de cada conflito[26].

A crítica feita pelos grupos feministas à lei 9.099/95 é contundente, e essa lei, como se depreende dos textos acima transcritos, teria trivializado a violência doméstica do homem contra a mulher, legitimando as ameaças, as injúrias e as surras. Essa minimização do Direito Penal através das medidas despenalizadoras aplicadas às infrações de menor potencial ofensivo seria positiva apenas “na perspectiva do autor do fato e negativa na perspectiva da vítima de violência doméstica”[27].

Diante de tantas críticas ao tratamento dado à violência doméstica, feitas principalmente pelos grupos feministas, pois tanto o Estatuto da criança e do adolescente, quanto o do idoso, já apresentavam situações específicas para as pessoas nessas condições, o legislador introduziu no art. 129 do Código Penal um tipo penal específico sobre o assunto, através da lei 10.886/2004. É importante destacar que até o ano de 2004 a legislação penal não fazia nenhum tipo de menção à violência doméstica, embora todos os atos que decorressem dessa violência já estivessem tipificados, como as lesões corporais, as ameaças, os crimes contra a honra, os maus tratos etc.

Na verdade, tecnicamente, a violência doméstica é uma forma qualificada da lesão corporal de natureza leve e uma causa de aumento de pena para lesão corporal de natureza grave ou gravíssima.

O § 9º do art. 129, na sua redação original, rezava que:

Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Segundo a redação do artigo, o crime pode ser cometido tanto pelo homem, quanto pela mulher, desde que exista a relação estabelecida no § 9º. Antes do advento da referida lei, esta situação caracterizava uma circunstância agravante genérica, prevista no art. 61, inciso II, alíneas “e” e “f” do Código Penal[28]. Significa dizer que antes da existência do tipo penal da violência doméstica, quando uma lesão corporal leve era cometida nesse contexto, o juiz deveria aumentar a pena, conforme o que determinava a agravante do art. 61.

Assim, a mudança em termos de pena praticamente não existiu entre a lesão corporal leve e a violência doméstica. Com efeito, a primeira apresenta a pena em abstrato de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e na dosagem de pena, tendo o juiz, necessariamente, que analisar a agravante na segunda etapa de sua fixação, deverá elevar a pena do patamar mínimo em razão de tal circunstância, chegando, dessa forma, aos 6 (seis) meses de pena em concreto. Como o referencial máximo da pena em abstrato da violência doméstica continuou em 1 (um) ano, a mesma da lesão corporal leve, a infração permanecia como de menor potencial ofensivo[29].

Para que essa alteração legislativa não fosse totalmente simbólica, apenas para dizer que “agora na legislação brasileira existe o tipo de violência doméstica”, mas sem nenhuma consequência no campo prático, necessário discutir se teria ocorrido ou não a mudança da natureza da ação penal. A lei 9.099/95, no seu art. 88, transformou a lesão corporal leve e a lesão corporal culposa em pública condicionada à representação[30]. Em 2004, com a criação do “tipo penal” da violência doméstica, alguns autores passaram a defender que a ação seria pública incondicionada, pois só haveria sentido na criação dessa forma qualificada para modificar a ação, e evitar, por conseguinte, a aplicação do instituto da conciliação, previsto no art. 74 da lei 9.099/95[31].

No caso da lesão grave ou gravíssima, conforme o § 10 do art. 129, a situação de violência doméstica aumenta a pena em um 1/3 (um terço), o que inviabiliza, na lesão grave, cuja pena é de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, a suspensão condicional do processo. A jurisprudência, de forma majoritária, entende não ser possível a aplicação de tal instituto quando, levada a causa de aumento de pena ao mínimo legal, extrapole-se um ano[32].

Na verdade, com a criação do tipo penal de violência doméstica, ocorreu uma mitigação, mas não o afastamento da lei 9.099/95. Na lesão corporal leve não poderia mais existir, para grande parte da doutrina[33], a conciliação, todavia, ainda era possível o instituto da transação penal. No caso da lesão corporal grave, restou inviabilizada suspensão condicional do processo com o acréscimo de um terço da pena.

Mesmo depois da criação do tipo de violência doméstica, as críticas ao Juizado continuaram e com uma ampla divulgação da mídia de agressões contra mulher e, de uma mobilização das

mulheres capitaneada pela Secretária Especial de Políticas para a Mulher - SPM[34], foi criada a lei 11.340/2006. Esta lei apresentou uma grande modificação no tratamento dado aos crimes em um contexto de violência doméstica e familiar, em especial, aos de menor potencial ofensivo.

2.0 A força simbólica do nome

A lei 11.340/2006 foi criada, declaradamente, para dar um tratamento diferenciado à mulher que se encontre em situação de violência doméstica ou familiar. Por isso já surgiu com um nome, obviamente, de mulher: Maria da Penha. A lei, é verdade, foi muito além das medidas de caráter penal, pois apresentou várias medidas de proteção à mulher, todavia a projeção, tanto no campo teórico, como prático, foi dada às medidas repressivas de natureza penal, que tiveram, inclusive, uma grande repercussão na mídia[35].

A lei brasileira não vem sozinha. O enrijecimento penal da violência de gênero está ocorrendo também na Europa e na América Latina. A Espanha vem tendo sua legislação alterada desde 1999, porém foi em 2004 que entrou em vigor a lei orgânica 1/2004, que disciplinou as medidas de proteção integral contra a violência de gênero. Sem dúvida, essa lei foi uma das fontes inspiradoras para a lei brasileira, pois as semelhanças são inúmeras, inclusive na sua própria estrutura[36].

É comum que, quando aconteça um crime de grande repercussão na mídia, em seguida venha um ou vários projetos de lei e, por vezes, ocorrem alterações legislativas[37]. Um grande exemplo desse fenômeno, sem dúvida, é a lei dos crimes hediondos, que tanto no seu surgimento como nas suas modificações foram motivadas por casos que tomaram grande repercussão nos meios de comunicação, como seqüestro de empresário, morte de uma atriz que trabalhava em uma rede de televisão e os problemas da falsificação dos remédios. O primeiro motivou a criação da lei e os dois últimos motivaram as suas modificações[38].

A mídia dá tanto destaque à criminalidade violenta que cria uma representação infiel da realidade que deságua em uma política social extremamente punitiva[39], de modo que não se discute com a profundidade necessária os problemas estruturais mais graves que afetam a sociedade como a miséria, a péssima distribuição de renda, a falta de escolas e hospitais, e se produz a sensação que as leis atuais não combatem a criminalidade, precisando, conseqüentemente, de novas leis para a resolução dos problemas sociais.

Os meios de comunicação podem livremente filmar ou fotografar um suspeito, e assim as tevês e os jornais ditam a sentença antes mesmo da existência do processo. Conforme Eduardo Galeano: “Os meios de comunicação condenam previamente, e sem apelação, os pobres perigosos, como previamente condenam os países perigosos[40]”.

Dos meios de comunicação, é a televisão[41] que apresenta a maior capacidade de confundir a ficção com a realidade. A narrativa sensacionalista da história da vítima apresentada pela televisão desperta os medos e a ira dos telespectadores[42], conseqüentemente surge um desejo de vingança não só da vítima mais de toda sociedade, que também se sente vitimizada com um ato de tamanha violência. O sensacionalismo é utilizado através de instrumentos dramáticos e estratégias sofisticadas para a promoção da insegurança e propagação das medidas de caráter punitivo, de preferência a pena privativa de liberdade, como a principal forma de combate à criminalidade[43].

Outros exemplos que podem ser citados como forma de enrijecimento da legislação penal e que tiveram grande repercussão na mídia são o Código de trânsito, o crime de assédio sexual[44], o regime disciplinar diferenciado, entre tantos outros. Mas até então nenhuma dessas modificações receberam, após a vigência da lei, uma grande vinculação com o nome de pessoas, que tanto no pólo ativo ou passivo, motivaram essa situação. Tal é a situação da lei Maria da Penha.

Em 1983, Maria da Penha Maia sofreu duas tentativas de homicídio sendo imputada a autoria ao seu esposo. A primeira agressão foi um tiro que a deixou paraplégica; já na segunda recebeu uma descarga elétrica durante um banho. Em 2002, após 19 anos da prática do crime, o seu marido passou 2 (dois) anos preso. O caso tomou tanta repercussão foi feita uma denúncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos, que acatou, pela primeira vez, a denúncia de um crime de violência doméstica [45].

Dessa forma, Maria da Penha, que inclusive escreveu um livro sobre a sua trajetória para conseguir a punição do marido[46], tornou-se símbolo da luta contra violência doméstica em todo o Brasil[47]. Com a edição da lei 11.340/06, a mídia divulgou amplamente o seu sofrimento e como a sua história de vida exerceu influência direta na criação e aprovação do referido diploma legal[48]. Maria da Penha, desde a edição da lei, viaja por todo Brasil proferindo palestras e discutindo a aplicação do diploma legal que leva o seu nome.

Uma lei que apresenta um nome de uma pessoa pode ser interpretada de várias formas. Primeiramente, de uma forma simbólica, um marco do movimento feminista, como enfatiza Leda Hermann:

Seu empenho foi reconhecido no dia em que o presidente Lula sancionou a Lei 11.340/2006, que o Brasil passou a conhecer como lei *Maria da Penha* - lei com nome de mulher -, justa homenagem à

guerreira que, durante anos, promoveu o debate e estimulou o pleito de proteção e atendimento às vítimas da violência doméstica e familiar. Maria da Penha estava presente à cerimônia de sanção da lei, ao lado de autoridades e companheiras de luta - representantes de movimentos feministas -, encarando outras tantas Marias corajosas, sofridas e anônimas[49].

Por outro lado, a lei perde uma das suas principais características que é a impessoalidade. Exige-se que todas as mulheres sejam percebidas como Maria da Penha, vítimas dos seus algozes, quase sempre seus maridos ou companheiros, e que desejam, a todo custo, a sua punição, para poder continuar a sua vida com tranquilidade. É importante ressaltar que, casos como esses, são exceções e não regra no dia-a-dia, pois, em grande parte das agressões, as mulheres não querem a prisão do marido ou companheiro, mas apenas que a agressão não se repita.

O sofrimento das vítimas, em casos como o de Maria da Penha, está sendo usado como uma nova forma de legitimar as leis penais. As vítimas, cada vez mais, estão sendo expostas nos meios de comunicação e a sua imagem começa a ser vinculada conjuntamente com a de políticos que prometem apoiá-las com o intuito de evitar que surjam novas vítimas nessa mesma situação. Algumas vítimas são selecionadas pelos meios de comunicação e, dessa forma, deixam de ser um elemento oculto no crime, passam a ser alvo tanto da mídia como dos políticos, que exploram o sofrimento delas para atingir interesses próprios.

Segundo Garland:

A figura santificada da vítima que sofre se converteu em um produto desejado nos circuitos de intercâmbio político e da mídia e colocam-se indivíduos reais diante das câmeras ao mesmo tempo que lhes convidam a assumir esse papel, muitas vezes convertendo-se, durante o processo, em celebridades da mídia ou ativistas de movimentos de vítimas[50].

Um caso famoso de uma lei que leva o nome de uma pessoa é a lei Megan, que teve origem no Estado da Califórnia, Estados Unidos, mas hoje é uma lei federal daquele país e assumiu o nome da vítima. Megan Kanka foi sexualmente violentada e depois morta em Nova Jersey por um pedófilo em liberdade condicional que morava em frente à casa dos seus pais, gerando uma grande comoção em todo país. Com base nesse caso, que ocorreu em 1994, surgiu uma onda de legislação nos Estados norte-americanos para tratar dos casos de abuso de sexual, causando um verdadeiro terrorismo penal, estigmatizando os homens e ampliando demasiadamente o poder punitivo estatal, apresentando todos os tipos de presunções e, conseqüentemente, graves injustiças. Todos aqueles taxados como pedófilos eram equiparados ao esturador de Megan, e se não tinham feito algo parecido poderiam estar prestes a fazer[51].

A atribuição do nome de um indivíduo a uma lei é uma forma de neutralizar as objeções que essa lei possa sofrer. Após o processo de santificação da vítima, geralmente uma mulher ou uma criança, de um crime violento, passa a existir uma invalidação das preocupações com o delinqüente, pois este deve ser punido de forma rígida e exemplar, para que possa “pagar pelo que fez”. Qualquer menção aos direitos do delinqüente ou a humanização do seu castigo pode ser facilmente considerado como um insulto às vítimas e aos seus familiares[52].

Esse também é o sentimento com a lei 11.340/2006. Toda crítica dirigida a esta lei soa como um ato de insensibilidade em relação ao sofrimento de Maria da Penha e, de certo modo, uma indiferença à questão da violência contra a mulher e da dominação do masculino sobre o feminino.

Cada vez mais, segundo Elena Larrauri, os novos movimentos sociais como grupos ecológicos, feministas e pacifistas, buscam o Direito Penal como uma forma de defender os tidos como fracos[53]. Essa maneira equivocada de ampliação do Direito Penal é muito nítida também no Brasil, como por exemplo, a lei dos crimes ambientais, o Estatuto do idoso, a própria lei Maria da Penha, entre outras. A justificativa para tamanha ampliação é a denominada função simbólica do Direito Penal[54]. Os defensores dessa função do Direito Penal acreditam que o Estado, ao legislar, teria a força de inverter a simbologia, já existente na sociedade, atuando como uma forma de persuasão sobre os indivíduos para que eles obedeçam a uma conduta mínima de comportamento, sob pena de serem taxados de delinqüentes[55]. No caso específico da violência doméstica, o Direito Penal poderia inverter o poder onipotente do marido sobre a mulher, trazendo à tona o equilíbrio na relação doméstica [56].

O Direito Penal simbólico não gera efeitos protetivos concretos, e geralmente é utilizado para atender às manifestações de grupos políticos ou ideológicos quando desejam declarar determinados valores ou repudiar determinadas atitudes consideradas lesivas aos seus interesses. De fato, com o Direito Penal simbólico, segundo Roxin: “comumente não se almeja mais do que acalmar eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas[57]”.

Por sua vez, o Direito Penal simbólico[58] também tem uma forte ligação como os meios de comunicação, pois são eles que apresentam hoje os problemas sociais vistos como mais importantes, bem como se colocam como os agentes mais significativos de controle social nas sociedades modernas, já que possuem uma capacidade ímpar de generalizar pontos de vista e atitudes do corpo social[59].

O uso simbólico do Direito Penal foi sem dúvida um forte argumento do movimento feminista para justificar a sua demanda criminalizadora. É certo que as normas penais simbólicas causam, pelo menos de forma imediata, uma sensação de segurança e tranquilidade, iludindo os seus destinatários por meio de uma fantasia de segurança jurídica sem trabalhar as verdadeiras causas dos conflitos. Daí a afirmação que mais leis penais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não menos delitos[60].

O Direito Penal não constitui meio idôneo para fazer política social[61], e as mulheres não podem buscar a sua emancipação através do poder punitivo e sua carga simbólica. Punir pessoas determinadas para utilizá-las como efeitos simbólicos para os demais significa a coisificação dos seres humanos[62]. A própria mulher, historicamente, foi vítima dessa carga simbólica do Direito Penal, quando só poderia ser considerada vítima de determinados crimes quando fosse honesta, ou seja, quando se portasse da maneira adequada na visão masculina.

Sem dúvida, a maior utilização do Direito Penal simbólico na lei 11.340/2006 está quando ela apresenta um tratamento diferenciado para homens e mulheres que se encontram na mesma situação. Assim, quando a mulher é vítima de uma agressão doméstica ou familiar, a consequência será o rigor penal dessa lei, que afasta as medidas despenalizadoras e algumas penas alternativas. Já quando o homem é vítima de um crime em um mesmo contexto será aplicado o Direito Penal mais brando, isso significa dizer que será aplicada a lei 9.099/95, como será visto no próximo item.

3.0 A lei 11.340/2006: em busca da “proteção” punitiva para a mulher

A lei é formada por 46 artigos, sendo dividida em sete títulos. Através destes dispositivos foram criados mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar. Várias são as críticas que podem ser feitas a esta lei, principalmente no campo penal e processual penal, embora também seja possível destacar alguns pontos positivos.

Toda a lei apresenta uma grande carga simbólica e por isso alguns dos seus artigos são totalmente dispensáveis. O principal exemplo são os artigos 2º e 3º, que só repetem os direitos e garantias fundamentais já consagrados na Constituição. Segundo os referidos artigos:

Art. 2º. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º. Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Com a leitura desses dispositivos algumas pessoas podem ser levadas a crer que só com a lei 11.340/2006 a mulher passou a ter os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana ou que só às mulheres estão asseguradas as condições para o exercício efetivo dos direitos como à vida, à segurança etc. Estas normas meramente simbólicas estão previstas também no Estatuto da criança e do adolescente (lei 8.069/90) e no Estatuto do idoso (lei 10.741/2003). A técnica utilizada não deixa de ser uma forma equivocada do legislador chamar à atenção da sociedade para essas pessoas, que por sua condição particular merecem uma atenção especial da sociedade e prioridade nas políticas públicas do governo.

A mesma lógica também parece seguir o art. 6º da lei, quando define a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma das formas de violação dos direitos humanos. Mais uma vez, se a mulher, a criança, o idoso integram o gênero humano, quando essas pessoas sofrem uma violência é evidente que existe uma violação dos direitos humanos. Alguns autores, no entanto, defendem a importância desse artigo para que a competência para julgar alguns casos de violência doméstica de grande repercussão possa ser deslocada para justiça federal.

Segundo Maria Berenice:

[...] no entanto, ocorrendo grave violação dos direitos humanos, para assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, o Procurador Geral da República pode, em qualquer fase do processo ou inquérito suscitado, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento de competência para Justiça Federal (CF, art. 109, V-A, 5º)[63].

Dois artigos da lei se dedicam a definir o que seria violência doméstica e familiar contra a mulher, e o fazem de forma amplíssima. O primeiro é o art. 5º, que em seu *caput* define como sendo: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico de dano moral ou patrimonial”[64]. Aqui é usada a expressão gênero, que é mencionada por mais três vezes no art. 8º da referida lei.

O conceito de gênero, para as ciências sociais[65], não se confunde com o conceito de sexo; enquanto este estabelece as diferenças biológicas e anatômicas entre homens e mulheres, aquele se ocupa em designar as diferenças sociais e culturais que definem os papéis sexuais destinados aos homens e às mulheres em cada sociedade[66]. Assim, na definição de gênero cabe a afirmação de Simone de Beauvoir “não se nasce mulher, torna-se”[67]. O mesmo pode ser aplicado para o gênero masculino. O gênero, diferentemente do sexo, não é natural, mas sim resultado de uma construção social.

Segundo Baratta:

A estrutura dos papéis nas duas esferas da divisão social de trabalho, quais sejam, a da produção material e da reprodução, não é menos importante. É nesta diferenciação das esferas e dos papéis na divisão social do trabalho que age a construção social dos gêneros. A sociedade patriarcal reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres[68].

A violência doméstica contra a mulher trata-se de um conflito de gênero, portanto não se

pode deixar de analisar esse conflito como uma relação de poder, entre o gênero masculino, representado socialmente como forte, e o gênero feminino, representado socialmente como o fraco. Esta relação de poder foi construída ao longo da história do próprio Direito, como foi analisado no primeiro capítulo da presente tese.

A lei utiliza a relação de gênero para trabalhar essa divisão de papéis construída socialmente, tanto é assim que ela também menciona a expressão gênero, quando o assunto é desenvolver políticas públicas que objetivam ações integradas para o combate dessa forma de violência (art. 8º).

No art. 5º a lei utiliza o termo ofendida pela primeira vez, e o repete por inúmeras vezes no decorrer do seu texto. No referido artigo também aparece, pela primeira vez, o termo agressor sendo repetido por diversas vezes, mas em nenhum momento a lei faz referência à expressão homem. Essa bipolarização entre a ofendida e o agressor, além de ser estigmatizante, enfatiza, sem dúvida, os papéis representados na sociedade, o masculino no pólo ativo e o feminino no pólo passivo.

A lei 11.340/2006 quando faz uso das expressões ofendida e agressor está utilizando prioritariamente o Direito Penal e a sua linguagem nas situações de violência doméstica, por consequência, afasta qualquer possibilidade de participação da mulher na resolução do seu conflito.

Essa estratégia da lei em ampliar o poder punitivo na esfera doméstica e reforçar os estereótipos entre agressor e vítima é extremamente perigosa, pois segundo Vera Andrade:

[...] a estratégia neocriminalizadora reproduz o alcance imperialista do sistema penal que, ao maximizar a conversão dos problemas sociais em problemas penais estendeu seu império sobre a sociedade como um polvo estende seus tentáculos sobre a areia. E, ao tentar abarcar, ao mais fino grão, o cotidiano da vida social, assumiu uma tarefa enormemente superior à sua intrínseca capacidade[69].

O artigo 5º ainda determina, através de seus incisos, a incidência, desse tipo de violência no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Conforme a abrangência dada por esse artigo, não resta dúvida que a lei trata dos casos de violência doméstica ou familiar.

Por fim, o parágrafo único desse artigo determina que “as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual”. A forma utilizada pelo legislador, nesse dispositivo, teve o intuito de evitar qualquer forma de discriminação ao relacionamento homossexual, porém só é possível a sua aplicação nas medidas de natureza cível. De fato, o princípio da legalidade não deixa nenhum espaço para qualquer espécie de interpretação extensiva na matéria de natureza penal. Quando a lei determina que a vítima deva ser uma mulher e utiliza em vários dos seus dispositivos a expressão “ofendida” e se refere ao sujeito ativo como “agressor”, não se pode admitir que o sujeito passivo e o ativo sejam do mesmo sexo[70]. Na esfera penal, é imprescindível que exista uma mulher no pólo passivo, a ofendida, e um homem no pólo ativo, o agressor, como determina expressamente o texto legal.

O segundo artigo que se dedica a explicar as formas de violência doméstica é o 7º[71], que disciplina, de modo exemplificativo, quais são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dividindo a violência em: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Resumindo, para a lei, todas as formas de violência caracterizam a violência doméstica ou familiar.

Um ponto importante da lei é o das medidas que não apresentam caráter penal, como as previstas nos arts. 8º, 9º, 22 e 23, que objetivam uma proteção à mulher em situação de violência. Algumas dessas medidas para serem efetivadas necessitam de ações positivas do Poder Executivo, como a articulação de ações do sistema único de saúde e do sistema único de segurança pública, para que o juiz possa encaminhar a mulher vítima de violência para programas de proteção. Não há dúvidas que a melhor forma de combater a violência doméstica é através de políticas públicas não repressivas, conscientizando a população, principalmente pela educação para as novas gerações, como estabelecem os incisos III, V, VII, VIII e IX do art. 8º da lei 11.340/2006[72].

A falta dessas ações, por parte do Poder Executivo, faz com que o Judiciário somente possa aplicar as medidas repressivas, pois os aparatos policial e prisional, por mais insuficiente que possam parecer, já estão prontos para agir. É bem mais fácil para o juiz, por exemplo, encaminhar o agressor para a prisão do que para um tratamento de alcoolismo.

3.1 A mulher e o seu direito de escolha

O art. 16 da lei 11.340/2006 disciplinou de forma diferente o direito de renúncia da mulher nos casos de violência doméstica ou familiar com a seguinte redação:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

A renúncia é uma causa de extinção da punibilidade que deve ocorrer na ação penal privada antes do oferecimento da queixa crime e nos crimes de ação pública condicionada anteriormente ao oferecimento da representação. Por isso, para uma parte dos autores, o legislador na redação do citado artigo quis se referir à retratação da representação, e não à renúncia. O Código Penal, e no mesmo sentido o de Processo Penal, admite a retratação da representação antes do oferecimento da denúncia[73], conforme seu art. 102: “A representação será irreatável depois de oferecida a denúncia”.

O art. 16 não retirou nem o direito de renúncia, nem o de retratação, nos crimes em que existe essa possibilidade, no caso de violência doméstica ou familiar contra a mulher, mas exigiu uma solenidade até então inexistente para esse ato. Antes dessa lei era comum que as mulheres fossem até o Juizado Especial Criminal e, na própria secretaria, “retirassem a queixa” que tinha sido feita na delegacia. Em alguns casos era suficiente que a mulher dissesse que não tinha mais interesse para que esse procedimento fosse extinto[74].

Com a redação desse artigo, nos casos de crimes que envolvam violência doméstica e sejam de ação pública condicionada à representação, como, por exemplo, o crime de ameaça[75], a mulher ganhou mais um prazo para desistir do procedimento criminal. Este prazo passou a ser até o recebimento da denúncia.

Enquanto a representação, em todos os crimes de ação pública condicionada, é um ato sem qualquer formalidade, conforme o entendimento jurisprudencial[76], a “renúncia” a esse direito, como determina a lei 11.340/2006, passou a ser um ato formal, porém, apenas, nos casos de violência doméstica e familiar, quando a vítima for uma mulher.

Outro ponto a ser analisado é a exigência legal que esse ato só possa ser realizado em audiência perante o juiz e ouvido o promotor de justiça. A renúncia, nos termos da lei 11.340/2006, passa a ter uma formalidade própria, ocorrendo em uma audiência realizada no juízo criminal. Essa audiência, ao que parece, não deve ter o intuito de persuadir a vítima a desistir de “renunciar”, mas apenas garantir que ela está “renunciando” de livre e espontânea vontade e conhecendo as conseqüências do seu ato.

Vale destacar que, ao mesmo tempo em que a lei passou a dar um prazo maior para essa “desistência”, fez a exigência que a realização desse ato fosse feita na frente do juiz e do promotor. Por mais que se diga que nesse momento não se fará nenhum “tipo de pressão” para que a vítima prossiga, esta terá que justificar o porquê da desistência. Diferentemente do que acontecia na lei 9.099/95, em que a vítima e o agressor se encontravam na frente de um conciliador para que esse mediasse o conflito, que poderia terminar como um pedido de desculpas ou um termo de compromisso por parte do agressor, que “justificava” por parte da mulher a desistência do procedimento.

Com a nova lei não existe mais o momento conciliatório, a mulher se desejar poderá renunciar, nos casos em que a lei faculta essa possibilidade, só que agora essa renúncia será na frente das autoridades, devendo informar o motivo pelo seu desinteresse no processo, embora ela tenha ido até a delegacia e prestado a “ocorrência”.

A finalidade para essa audiência pode ser interpretada de duas formas. A primeira é para garantir que a renúncia não resulte de qualquer espécie de pressão ou ameaça por parte do agressor, sendo então uma forma de proteger a mulher[77]. Já a segunda seria uma maneira de perceber a mulher como um ser incapaz de tomar suas próprias decisões. Nesse sentido afirma Maria Lúcia Karam, comentando o art. 16: “A mulher passa a ser assim objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora, tratada como alguém incapaz de tomar decisão por si própria”[78].

Parece ter razão Maria Lucia Karam, pois realmente é como se a lei duvidasse do discernimento da mulher para prosseguir ou não com o processo criminal e admitisse a fragilidade do seu posicionamento, que para ter validade precisaria ser analisado pelo promotor e pelo juiz.

3.2 Quando a mulher é vítima e o homem agressor

Inicialmente, é oportuno destacar os arts. 17 e 41 que dão ensejo a uma grande polêmica na lei 11.340/2006, por apresentarem tratamentos distintos quando a vítima é uma mulher nos crimes que envolvem violência doméstica ou familiar.

O art. 17 proíbe a aplicação de duas penas alternativas aos crimes cometidos com violência doméstica ou familiar contra a mulher e apresenta a seguinte redação:

É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Como não se pode aplicar a transação penal (art. 76 da lei 9.099/95) nesses crimes, a presente proibição é direcionada ao magistrado no momento da substituição da pena privativa de liberdade pelas penas alternativas (art. 44 do Código Penal).

A primeira proibição é totalmente inócua, pois não existe na legislação penal uma pena de cesta básica, a proibição da prestação pecuniária já era suficiente para evitar a suposta pena de cesta básica[79].

A pena nos §§ 1º e 2º do art. 45, inseridos pela lei 9.714/98, tem a seguinte redação:

§ 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

Parece que a intenção do legislador é evitar que a dor da vítima possa ser comprada por

dinheiro ou cestas básicas, mas o estranho é que essa vedação só acontece para os crimes estabelecidos nessa lei, continuando a existir tal possibilidade nas demais situações. Sendo assim, se um filho injuriar o seu pai poderá receber a pena de prestação pecuniária, mas se no mesmo contexto a injúria for dirigida a sua mãe essa pena não poderá ser aplicada[80].

Portanto, de acordo com a redação do artigo, a prestação pecuniária, em todas as suas formas, isolada ou cumulativamente, foi proibida.

Com relação à pena de multa, o que aconteceu foi uma restrição, pois o que o artigo impede é o pagamento isolado da multa. Dessa maneira, ela poderá ser aplicada cumulativamente com uma outra pena restritiva de direitos, como a prestação de serviço à comunidade, por exemplo, quando a pena privativa de liberdade for superior a 1 (um) ano nos termos do § 2º do art. 44.

Já o art. 41 veda a aplicação da lei 9.099/95 aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar e apresenta a seguinte redação:

Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Este, sem dúvida, é o artigo mais problemático de toda a lei, pois o art. 17 embora restrinja as penas alternativas, não as proíbe. Significa dizer que não pode o juiz aplicar a pena pecuniária, todavia é possível a aplicação da prestação de serviço à comunidade ou da limitação de final de semana. Entretanto, quando a lei 11.340/2006 veda a aplicação da lei 9.099/95, está proibindo as normas de matéria penal e processual penal introduzidas pelos Juizados Especiais Criminais. Assim, fica afastada qualquer possibilidade da lavratura de termo de ocorrência, conseqüentemente volta a ser possível, nos crimes de menor potencial ofensivo, a prisão em flagrante e o arbitramento de fiança. Impede ainda a utilização do rito sumaríssimo, criado para dá uma maior agilidade ao processo, bem como afasta, por completo, as medidas despenalizadoras.

Como tratar de maneira diferente duas pessoas que praticaram exatamente o mesmo crime tendo por critério o sexo? Assim, se a esposa comete o crime de ameaça contra o seu marido é beneficiada pela lei 9.099/95, mas acontecendo o contrário o marido se submeterá aos rigores da lei 11.340/06, ou seja, pode ser preso em flagrante e não terá direito as medidas despenalizadoras e, sendo condenado, não poderão ser aplicadas as penas alternativas de multa e prestação pecuniária.

Alguns autores alegam que as medidas despenalizadoras da lei 9.099/95 (a composição civil - art. 75, a transação penal - art. 76 e a suspensão condicional do processo - art. 89), bem como as penas de multa e de prestação pecuniária são institutos totalmente fracassados[81]. Se esse argumento fosse verdadeiro esses institutos deveriam deixar de existir na legislação penal como um todo e não apenas nos crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Uma outra inovação trazida pela lei, que também só ocorre quando a vítima for mulher, é uma nova hipótese de prisão preventiva. O art. 42 da lei 11.340/2006 acrescentou o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

Art. 313 Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

[...]

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Essa ampliação da prisão preventiva ocorreu com a intenção de garantir a execução das medidas protetivas, mas como se sabe, na prática é “mais fácil” aplicar a prisão preventiva do que as medidas protetivas. Assim terminou essa modificação ampliando a possibilidade da decretação da prisão preventiva, inclusive nos crimes apenados com detenção. Essa situação pode ocasionar, de fato, inúmeras injustiças, e termina por legitimar que pessoas passem mais tempo presas de modo provisório do que, se forem condenadas, o tempo da sua pena ao final do processo.

No Brasil, uma grande parcela da população cumpre pena sem terem sido ainda condenadas com trânsito em julgado.

Segundo Zaffaroni:

A característica mais destacada do poder punitivo latino americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente 3/4 - dos presos está submetida a medida de contenção porque são *processados não condenados*. Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal*, porém segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou *por medida de contenção provisória* transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo poder-punitivo latino-americano é exercido sob a forma de *medidas*, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade[82].

Muitas pessoas são presas em flagrante por pequenos delitos e lá são esquecidas[83]; com a lei dos Juizados essas situações tinham desaparecido, pelo menos no plano da possibilidade legal, para os crimes de menor potencial ofensivo. A lei 11.340/2006, além de afastar o termo circunstanciado, trazendo novamente a possibilidade de prisão em flagrante para esses crimes, apresentou mais uma forma de prisão provisória nos casos de violência doméstica ou familiar. Dessa forma, a lei ampliou sensivelmente as formas de prisão sem condenação, que para Baratta geralmente só atingem “os acusados oriundos dos grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados da população, que são os clientes fixos do sistema de justiça criminal[84]”

Outra modificação introduzida pela lei 11.340/2006 foi a alteração do art. 129, do Código Penal, no tocante à violência doméstica. Com relação ao preceito primário, a redação do § 9º continuou exatamente a mesma, mas em relação ao patamar da pena em abstrato, foi alterado tanto no mínimo quanto no máximo. O mínimo passou de 6 (seis) para 3 (três) meses e o máximo de 1(um) para 3 (três) anos.

Não existe uma razão aparente para a diminuição do patamar mínimo, mas o acréscimo do máximo foi, sem dúvida, para descaracterizar a infração como de menor potencial ofensivo. O § 10 do art. 129 manteve exatamente a mesma redação, continuando a violência doméstica, na lesão corporal grave e gravíssima, a caracterizar uma causa de aumento de pena.

Foi acrescido ao art. 129 o § 11[85], que apresenta mais uma causa de aumento de pena, de 1/3 (um terço), ao crime de lesão corporal quando este for cometido no contexto de violência doméstica contra pessoa portadora de deficiência[86].

Com relação à espécie da ação penal da lesão leve qualificada pela violência doméstica, a nova lei não resolveu o impasse doutrinário, e as discussões continuam acirradas no que tange ao tema. Os autores que defendem a ação como pública condicionada à representação continuam utilizando o mesmo argumento que a criação do § 9º não afastou a incidência do art. 88 da lei 9.099/95 (estabelece depender de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves), pois não foi criado nenhum tipo penal novo, mas apenas uma qualificadora, e argumentam, ainda, que o art. 16 da própria lei 11.340/2006 corrobora com esse entendimento[87].

Já os que defendem ser a ação pública incondicionada argumentam que esta é a regra, salvo nos casos em que a lei declara ser privativa do ofendido ou exija a representação ou a requisição do Ministro da Justiça[88]. Quando foi criado o “tipo” da violência doméstica não se mencionou a espécie da ação, então se entenderia ser pública incondicionada, e tal posicionamento seria reforçado pelo art. 41 da lei 11.340/06, que proíbe a aplicação da lei 9.099/95 quando a mulher for vítima de violência doméstica e familiar[89].

A lei criou ainda um Juizado que não é Juizado, quando dispôs no seu artigo primeiro “sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a Mulher”. Sem dúvida, houve uma confusão terminológica, pois segundo a Constituição, no seu art. 98, inciso I:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

A lei 9.099/95 instituiu os Juizados especiais cíveis e criminais, esse último, até o advento da lei 11.340/2006, tratava das infrações de maior incidência na esfera da violência doméstica e familiar, que são a lesão corporal leve, a ameaça e a injúria, todos considerados crimes de menor potencial ofensivo, já que a pena máxima em abstrato não supera 2 (dois) anos. Com a criação do Juizado da Mulher esses crimes passaram a ter um tratamento comum, na verdade tal é uma vara criminal com competência para apreciar alguns problemas na área cível.

É sabido que a lei orgânica 1/2004 da Espanha exerceu uma grande influência na criação da lei 11.340/2006, talvez por isso o uso da nomenclatura Juizado. A lei espanhola trata da criação dos “juizados de violencia sobre la mujer”, que também apresenta competência cível e criminal. Não é nada incomum que na área penal o legislador brasileiro “copie” a legislação de outros países considerados “mais civilizados” e não faça nem mesmo as adaptações formais[90].

Ainda sobre a criação desses Juizados é praticamente impossível que ele seja criado na maioria das comarcas e isso significa dizer que:

[...] retira-se o caso do JECrim, onde era muitas vezes realizada a mediação e homologado pelo juiz o compromisso de respeito mútuo, e encaminha-se para uma Vara freqüentemente sobrecarregada com homicídios, roubos, estelionatos e delitos sexuais graves, e exige-se ainda que sejam resolvidos as questões envolvendo direito de família[91].

A grande preocupação é com relação ao enorme número de comarcas que não têm e nem terão Juizado da Mulher e que os processos envolvendo violência doméstica terminem por prescrever antes mesmo de chegar ao Judiciário.

Por fim, poder-se-ia indagar sobre a inconstitucionalidade dos artigos que apresentam um tratamento diferenciado para homens e mulheres. Sem dúvida, serão plausíveis tantos os argumentos dos que defendem ser a lei discriminatória, por apresentar conseqüências diferentes para a prática do mesmo fato[92], quanto os argumentos dos que defendem que a lei, em determinadas situações, pode tratar diferentemente os desiguais, assim como fez o Estatuto da criança e do adolescente, o Estatuto do idoso e agora a lei 11.340/2006[93].

Na verdade, o problema da inconstitucionalidade se resume à impossibilidade de se aplicar os rigores penais quando o homem fosse vítima da violência doméstica. Essa situação poderia ser resolvida, simplesmente, alterando-se a lei para que esse maior rigor atingisse as pessoas independentemente do gênero.

4.0 À guisa de uma conclusão

A lei 11.340/2006 apresenta grandes méritos no que diz respeito às medidas de prevenção e de proteção da mulher, mas apresenta graves problemas no campo penal. Infelizmente, a lei se tornou mais conhecida pelos seus aspectos penais com o *slogan* midiático “homem que bate em mulher agora é preso” e como sempre as medidas de caráter penal, por serem simbólicas e extremamente seletivas, são mais facilmente aplicadas do que as medidas de caráter preventivo ou educativo.

A busca da sociedade pelos efeitos simbólicos do Direito Penal legitima-o a “resolver” conflitos sociais e isto, como foi demonstrado durante o trabalho, termina trazendo mais vitimação, em especial quando a vítima é mulher. Os discursos feministas, quando clamam pelo enrijecimento da lei penal para resolver o problema da inferiorização entre os sexos, parecem ter esquecido que até bem pouco tempo o Direito Penal escolhia a vítima apropriada para proteger.

O Direito Penal ignora por completo a violência estrutural e os seus condicionamentos, pois o seu discurso é simplesmente punitivo, procurando apenas atribuir a culpa a alguém, seja ao homem que bateu na boa mãe de família ou a própria mulher, que por não ter sido tão boa assim mereceu apanhar. Termina, portanto, estigmatizando os sujeitos envolvidos, oferecendo falsas soluções, e não satisfazendo a vítima, que muitas vezes pode deixar a Justiça com o rótulo de que “gosta de apanhar”.

A lei 11.340/2006 que foi batizada como Maria da Penha, vítima de duas tentativas de homicídio, praticamente não surte efeitos em situações graves como essa. A referida lei atua fortemente nos crimes de menor potencial ofensivo, encerrando, praticamente, a possibilidade de diálogo existente nos conflitos domésticos. A lei 9.099/95, nos casos de violência doméstica, apresentava graves problemas, como restou demonstrado, mas trazia também alternativas para além do discurso punitivo, proporcionando o diálogo entre as partes.

Conflitos oriundos de relações domésticas sempre existirão, em decorrência da própria convivência humana. Sua minoração deve passar, antes, pelo diálogo e a pela tentativa de conciliação, e, jamais, iniciar-se pelas mãos do Direito Penal.

Por fim, não será através do Direito Penal que a mulher encontrará a proteção e a igualdade, pois a mudança de comportamento e de mentalidade vem através da educação e de ações preventivas. De tudo o que foi colocado na presente artigo, resta a conclusão principal que o modelo penal não é, em absoluto, o adequado para dirimir conflitos familiares e domésticos.

-
- [1] Heller e Feher *apud* MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 571-572.
- [2] Alguns autores dividem o feminismo em três perspectivas: a primeira seria o feminismo liberal, a segunda o feminismo marxista e, por fim, o feminismo radical. Sobre essa divisão consultar: GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios de criminologia**. 2. ed. Valencia: tirant lo blanch, 2001, pp. 388-390.
- [3] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 571.
- [4] Sobre a discussão entre o público e o privado conferir: DIMOLUS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação. Reflexões a partir de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina (org.) **Verso e reverso do controle penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 43 e segs; SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1986.
- [5] Sobre os direitos das mulheres na Constituição cf: GOMES, Renata Raupp. Os “novos” direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003, pp.51-74.
- [6] O Código Civil, embora tenha sido promulgado em 2002, só entrou em vigor em janeiro de 2003, em face de sua *vacatio legis* ter durado um ano. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O papel dos cônjuges sob uma perspectiva constitucional. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 6, n. 13, pp. 345-366, jan./jun., 2001.
- [7] Diversos autores fazem uma grande retrospectiva do movimento feminista no Brasil, inclusive diferenciando-o em fases. Poder-se-ia começar analisando a busca pelo voto, em seguida as lutas das mulheres na ditadura militar, o papel das mulheres na redemocratização até chegar ao momento atual. Porém, para atingir os objetivos do trabalho, fez-se um recorte do papel da mulher no combate da violência doméstica e nos movimentos de criminalização. Sobre o papel do feminismo no Brasil cf. PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.
- [8] Vários autores atribuem a conscientização da violência contra a mulher aos movimentos feministas, entre outros, HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 165.
- [9] Cf. PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 80.
- [10] Cf. TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 135.
- [11] Sobre um estudo detalhado do SOS Mulher, bem como sobre o confronto existente entre a visão feminista e as concepções das mulheres que sofrem violência cf. GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas**: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- [12] cf. PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 81
- [13] Sobre o tema conferir: BOURDIEU, Pierre. O mistério do ministério: das vontades particulares à “vontade geral”. In: WACQUANT, Loïc. **O mistério do ministério**: Pierre Bourdieu e a política democrática. Trad. Paulo Cezar Castanheira Rio de Janeiro: Revan, 2005, pp. 78-79.
- [14] A diferença entre o discurso teórico do movimento feminista e a sua aplicação será objeto de estudo do próximo capítulo do presente trabalho.
- [15] A expressão “bancada do batom” sofreu críticas, pois nem toda mulher usa ou gosta de batom, podendo-se ainda perceber o batom como um instrumento de sedução, o que lembra o poder da mulher sobre o homem. Conferir a crítica em MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O feminismo como contributo para o terror penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaina. (cords.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 303.
- [16] Dos 559 deputados federais eleitos, apenas 26 eram mulheres. Cf. TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 143.

- [17] *Ibidem*, p. 144.
- [18] Sobre a relação do movimento feminista e as políticas públicas cf. SABADELL, Ana Lúcia. Segurança Pública, prevenção e movimento feminista: uma aproximação ao caso alemão. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 29, pp. 53-68, jan/mar, 2000.
- [19] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 110.
- [20] No Brasil Vera Andrade lutou contra a criminalização do assédio sexual e da violência doméstica, produzindo vários trabalhos com a utilização conjunta do instrumental da criminologia crítica e feminista. Entre outros conferir o trabalho acima citado.
- [21] Vários autores associam o fenômeno da neocriminalização aos movimentos feministas, entre outros, cf.: DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 437-441; HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 167.
- [22] STRECK, Lênio Luiz. **Criminologia e Feminismo** In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 94.
- [23] O avanço legislativo no enfrentamento da violência contra as mulheres. In: **O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência**. Brasília: Agende/SPM, 2006, p. 78.
- [24] Sobre o tema cf. CAMPOS, Carmen Hein. Juizados Especiais criminais e seu déficit teórico. **Revista de estudos feministas**. v. 11, n. 1/2003, pp. 155-170.
- [25] TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 90.
- [26] Sobre essa crítica cf. CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo - uma análise da lei 11.340/2006. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 170 jan., 2007, pp. 15-16.
- [27] Sobre o tema cf. CAMPOS, Carmen Hein. Juizados Especiais criminais e seu déficit teórico. **Revista de estudos feministas**. v. 11, n. 1/2003, pp. 155-170.
- [28] Art. 61[...]
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.
- [29] As infrações de menor potencial ofensivo estão definidas no art. 61 da lei 9099/95 com a seguinte redação: “art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.
- [30] Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.
- [31] Defendendo a ação ser pública incondicionada NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 603. Entendendo que o delito não deixou de ser uma lesão corporal leve, devendo a ação ser considerada pública condicionada à representação do ofendido GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói: Impetus, 2006, p. 317.
- [32] No mesmo sentido, mas com relação ao crime de falso testemunho, conferir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. FALSO TESTEMUNHO. CAUSA DE AUMENTO. PENA MÍNIMA ABSTRATA SUPERIOR A UM ANO. INCOMPATIBILIDADE. O benefício da suspensão condicional do processo é aplicável nos crimes em que a pena mínima abstrata não supere 1 (um) ano, conforme letra do artigo 89 da Lei 9.099/95. O recorrente foi denunciado e condenado como incurso no artigo 312, § 1º, do Código Penal. Sendo o falso testemunho cometido em instrução processual penal, descabem argumentos no sentido da pena mínima abstrata não ser superior a 1 (um) ano. Desatendido o requisito objetivo da pena mínima abstrata de um ano, inviável a suspensão condicional do processo. Recurso a que se nega provimento. (RHC 15.779/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 11.10.2005, DJ 21.11.2005 p. 296)
- [33] Mesmo com o entendimento de que a lesão corporal quando decorrente de violência doméstica a ação seria pública incondicionada, em muitos lugares continuava existindo a conciliação, como no caso do Juizado de violência contra mulher do Recife.
- [34] A Secretaria foi criada através da Medida Provisória 103/2003, no primeiro dia do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, para desenvolver ações conjuntas com todos os Ministérios e Secretarias Especiais, tendo como desafio a incorporação das especificidades das mulheres nas políticas públicas e o estabelecimento das condições necessárias para a sua plena cidadania. É competência da SPM: assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres; elaborar e implementar campanhas educativas e não discriminatórias de caráter nacional; elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e das demais esferas de governo; promover a igualdade de gênero; articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação de políticas para as mulheres; promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação, tendo como estrutura básica o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o Gabinete e três Subsecretarias. In: http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/sobre/ Acesso em: 08/01/2008.
- [35] Sobre a oportunidade dada pela lei para repensar a intervenção estatal, especificamente a penal, nos conflitos interpessoais conferir: CASTILHO, Ela Volkmer de. Um ano de lei Maria da Penha. In: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=42036. Acesso 20/11/2008.
- [36] Sobre a criminalização da violência familiar na Espanha cf: ROSAL, Bernardo del. Violencia y malos tratos en el ambito familiar o tutelar. In: LATORRE, Virgilio Latorre (coord.) **Mujer e derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, pp.157-166. Sobre a lei orgânica 1/2004 cf. MARTÍN, Maria Ángeles Rueda. Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 228-242.
- [37] Segundo Assis Toledo “Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estática criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 5.
- [38] Vale destacar que, em todas essas situações, as vítimas foram pessoas de classe média ou média-alta. Mesmo no caso da falsificação de remédio, a grande parte das vítimas eram usuárias de pílulas anticoncepcionais, e como se sabe esse tipo de medicamento é utilizado pela classe média.
- [39] Sobre a mídia e os meios de comunicação conferir: HÜGEL, Carlos. La patología de la comunicación o del discurso sobre criminalidad en los medios masivos. In: **Criminología crítica y control social**. 2. “Orden o justicia: el falso dilema de los intolerantes”. Rosario: editorial juris, 2000, p. 40.
- [40] GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Trad. Sergio Faraco. 7. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 298.
- [41] Alguns programas televisivos se propõem, inclusive, a “resolver o que a lei e a justiça não resolvem”, como fazia o programa Linha Direta, da Rede Globo de televisão. Sobre o tema conferir MENDONÇA, Kleber. **A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta**. Rio de Janeiro: Quarter, 2002.
- [42] Recentemente, em março de 2008, o caso do assassinato da menina Isabella Nardoni causou uma repercussão enorme nos meios de comunicação; por conta desse crime foram aprovadas várias alterações das leis penais e processuais penais. Uma interessante reflexão desse caso é feita por Luciano Oliveira. O caso Nardoni e a justiça do populacho. Disponível em: www.jc.uol.com.br/2008/05/19/not_169/25.php. Acesso em 20/05/2008.
- [43] Sobre a televisão como forma de propagação do cárcere conferir: MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión: una evaluación crítica**. Trad. Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 302-309.
- [44] Sobre o crime de assédio sexual, Nilo Batista destaca o programa Globo Repórter, da emissora de Rede Globo de televisão, que foi ao ar no dia 30/03/2001. O tema do referido programa era o limite entre a paquera e o assédio sexual, e o apresentador Sérgio Chapelin afirmava que: “o assédio causa constrangimento e muita dor”. O programa narra alguns casos reais de pessoas que foram

“vítimas” do assédio sexual e, por fim, fala da impunidade pela ausência de um tipo penal. Depois do apelo do programa, em 15 de maio do mesmo ano a lei foi publicada e entrou imediatamente em vigor. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos:** crime, direito e sociedade. Rio Janeiro, n. 7, p. 271-288. 2. sem, 2002.

[45] As informações foram extraídas do site: http://www.contee.org.br/secretarias/etnia/materia_23.htm. Acesso em 08/08/2007.

[46] FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... posso contar**. Fortaleza : Edição do autor, 1994. 151p

[47] Maria da Penha tornou-se tema de música gravada por Alcione no disco “De tudo eu gosto”, no ano de 2007, assim como teve sua história narrada na literatura de Cordel. Cf ALVES, Valdecy. **A lei Maria da Penha em cordel**. Fortaleza: Tupynanquim, 2007.

[48] É, mais uma vez, importante destacar que os casos de violência doméstica que sensibilizam a mídia e, conseqüentemente, “os lares” brasileiros são sempre de mulheres de classe média, “independentes” e “inteligentes” que foram mortas, ou sofreram tentativa, por seus companheiros, pessoas extremamente possessivas como é o caso de Sandra Gomide, que foi assassinada em 2000 pelo seu namorado, o jornalista Pimenta Neves, e Patrícia Ágio Longo, que foi assassinada em 1998 pelo seu marido, o promotor de justiça Igor Ferreira e Silva. Quando se fala de violência doméstica, esses dois casos, mais o de Maria da Penha, são uma das formas de justificar a necessidade do enrijecimento da lei penal para acabar com esse tipo de crime.

[49] HERMAN, Maria. **Maria da Penha lei com nome de mulher**. Campina SP: Servanda, 2007, p. 18.

[50] La figura santificada de la víctima que sufre se ha convertido en un producto apreciado en los circuitos de intercambio político y mediático y se colocan individuos reales frente a las cámaras y se los invita a jugar esse papel, muchas veces convirtiéndose durante el proceso, en celebridades mediáticas o activistas de movimientos de víctimas GARLAND, David. **La cultura del control: crime y orden social en sociedad contemporánea**. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 241.

[51] Sobre a “caça” aos delinquentes sexuais nos Estados Unidos a partir da lei Megan cf. WACQUANT, Lóic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: F. Bastos, 2001, p. 113-132.

[52] GARLAND, David. **La cultura del control: crime y orden social en sociedad contemporánea**. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 240-243.

[53] LARRAURI, Elena. **La herancia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo veintiuno, 1991, p. 192.

[54] Segundo Larrauri: Los nuevos movimientos partidarios de la criminalización hablan de las funciones simbólicas del derecho penal, pero guardan un embarazoso silencio acerca de la aplicación de este «símbolo» LARRAURI, Elena. **La herancia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo veintiuno, 1991, p. 214. Sobre o direito penal como um meio de estabelecer princípios gerais SHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 32-33.

[55] Defendendo a função simbólica da pena não como uma retribuição mais como uma reafirmação do Estado, conferir: RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004, pp. 57-59.

[56] Sobre o tema cf. LARRAURI, Elena. **La herancia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo veintiuno, 1991, p. 220 e segs.

[57] ROXIN, Claus. **Estudios de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

[58] Sobre a impossibilidade de o direito penal apresentar funções promocionais ou simbólicas conferir: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72-75; PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123-128.

[59] Sobre o direito penal simbólico e os meios de comunicação RIPOLLÉS, José Luis Diez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (coords.) **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt** Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla – La Mancha, 2003, pp. 147-172.

[60] QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-53.

[61] É preciso reconhecer que as reformas judiciais e processuais não são substitutivos suficientes para as reformas políticas e sociais. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 161.

[62] Sobre a coisificação do ser humano para servir de exemplo aos demais cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.) **Direito criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. III, pp.76-77; Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno. In: **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p.132-133.

[63] **A lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

[64] Art. 5^º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

[65] A distinção entre sexo e gênero somente será feita para discutir o seu uso pela lei, pois não é objeto da presente tese trabalhar a problemática do gênero e as suas discussões teóricas no campo das ciências sociais, já que segundo Heleieth Saffioti: “Cada feminista enfatiza determinado aspecto do gênero, havendo um campo, ainda que limitado, de consenso: o gênero é a construção social do masculino e do feminino”. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 45.

[66] Sobre o uso do gênero no Brasil cf. IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e violência contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004, pp. 83-93.

[67] *Apud* BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 21.

[68] *Ibidem*, p. 45.

[69] **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 106.

[70] Posicionamento diferente defende Maria Berenice Dias, quando alega que tanto o homem, quanto a mulher podem ser sujeito ativo desses crimes. DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

[71] Art. 7^º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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

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

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

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

[72] Art. 8^º. A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no [inciso III do art. 10](#), no [inciso IV do art. 30](#) e no [inciso IV do art. 221 da Constituição Federal](#);

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

[73] Entendendo que o art. 16 utilizou o termo renúncia quando deveria ter utilizado o termo retratação; o tratamento seria diferente da legislação penal comum, pois se passa a admitir que a retratação aconteça após o oferecimento da denúncia. Sendo assim, a presente lei foi mais branda, oferecendo a possibilidade da retratação ocorrer em tempo maior do que aquele previsto pelo Código Penal, no art. 102 e pelo Código de Processo Penal no art. 25.

[74] Em alguns juizados o rigor poderia ser maior; no caso do juizado pesquisado o ministério público, em situações de renúncia expressa da vítima, sugeria o aguarde de prazo decadencial; conferir, o capítulo IV do presente trabalho.

[75] Entendendo ser o crime de violência doméstica de ação pública incondicionada, só resta, entre os crimes de menor potencial ofensivo, o crime de ameaça, art. 147 do Código Penal, que é de ação pública condicionada.

[76] RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O COSTUME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR E POBRE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. REPRESENTAÇÃO. INEXIGÊNCIA DE FORMALISMO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR A AÇÃO PENAL DEMONSTRADA.

Nos crimes contra os costumes, uma vez atestada a pobreza da vítima, pela autoridade policial ou por outros meios de prova, a ação penal passa a ser pública condicionada à representação, tendo o Ministério Público legitimidade para oferecer a denúncia. Inteligência do art. 225, § 1º, do Código Penal. **A representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, sendo necessário apenas a vontade inequívoca da vítima ou de seu representante legal, mesmo que irrogada na fase policial.** A miserabilidade pode ser aferida pela simples análise das condições de vida da vítima e representantes, não sendo indispensável o atestado de pobreza. Precedentes desta Corte e do STF. Recurso a que se NEGA PROVIMENTO. (RHC 14.321/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 21.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 355).

[77] HERMANN, Leda. **Maria da Penha lei com nome de mulher**. Campinas: Servanda Editora, 2007, p. 167.

[78] KARAM, Maria Lucia. A lei 11.343/2006 e os repetidos danos do proibicionismo. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 170 jan., 2007, p. 16.

[79] É muito comum que em sede de transação penal o ministério público faça a proposta para que o autor do fato entregue cestas básicas a alguma instituição beneficente; essa seria a pena de prestação pecuniária inominada. Esse tipo de pena sofre muitas críticas, a principal delas é que não teria a função de ressocializar o indivíduo.

[80] Por criar situações desse tipo é que alguns autores defendem a inconstitucionalidade desse artigo.

[81] BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 24 set. 2007.

[82] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Pensamento criminológico, v. 14), p. 70.

[83] Sobre uma análise da prisão provisória por pequenos crimes de furto no Brasil cf. BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação da pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

[84] BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de ciências penais**, Porto Alegre, n. 2, pp. 44-61, abr./mai./jun., 1993, p. 52.

[85] § 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

[86] O conceito de pessoa portadora de deficiência é encontrado no art. 3º e 4º do decreto 3.289/99, que regulamentou a lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio à pessoa portadora de deficiência. Os referidos artigos apresentam a seguinte redação:

Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triparésia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
 - b) cuidado pessoal;
 - c) habilidades sociais;
 - d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
 - e) saúde e segurança;
 - f) habilidades acadêmicas;
 - g) lazer; e
 - h) trabalho;
- V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

[87] Vide as observações feitas no art. 16 do presente trabalho.

[88] Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

[89] Como o artigo que transformou a lesão corporal leve em pública condicionada foi o art. 88 da lei 9.099/95 este, depois da lei 11.340/2006, não poderá ser mais aplicado, retornando, conseqüentemente, a ação a ser pública incondicionada.

Inicialmente a quinta e a sexta turma do STJ entenderam que a ação era pública incondicionada, recentemente, em fevereiro de 2010, o STJ modificou sua opinião passando a entender que a ação é pública condicionada conforme consta no informativo 426. In: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

[90] O que também não é incomum é que os autores nos seus “manuais” e “tratados” copiem as mesmas idéias dos autores estrangeiros sem a menor preocupação com a realidade brasileira.

[91] CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo - uma análise da lei 11.340/2006. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 170 jan., 2007, p. 16.

[92] Sobre a inconstitucionalidade: SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA, Tiago Abud da. A aplicação da lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. **IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 168, nov., jan., 2006, p. 4; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1507, 17/08/2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 24/09/2007.

[93] Sobre a constitucionalidade: BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1189, 3/10/2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 24/08/2007; DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.