

DOS LIMITES PROCESSUAIS E PENAIS À LEI MARIA DA PENHA

LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY*
THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA**

*Doutor em Direito Penal pela UFMG; Professor da PUC / Minas; advogado criminalista

**Mestrando em Direito Processual Penal pela UFMG; Professor da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte; advogado

RESUMO: A Lei Maria da Penha representou uma opção do legislador pátrio pelo controle penal da questão da violência doméstica e familiar contra a mulher. Partindo de uma premissa salutar, qual seja a necessidade de se conferir proteção especial a uma categoria em situação de desigualdade, promovendo a igualdade material, munuiu-se os juízes de uma nova gama de instrumentos que asseguram os interesses das vítimas mediante a relativização de direitos fundamentais dos "agressores". Diante desse quadro, surge a necessidade de se fixar limites ao texto legal, de forma a garantir que a tutela legal da violência doméstica não se transforme em mero arbítrio estatal; algo que este trabalho se propõe a fazer, ainda que de forma breve.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica, Maria da Penha, Limites, Abrangência, Direitos fundamentais, Medidas protetivas, Prisão, Política criminal, Constitucionalidade, Lei Seca.

ABSTRACT: Maria da Penha Law represented a Brazilian choice towards the criminal control of the domestic and family violence against women issue. Starting from a very honorable basis, such as the necessity of granting a special protection to a group found in an unequal situation, promoting material equality, judges have been given a new package of instruments that ensure the victim's interests through weakening the "aggressors" fundamental rights. Ahead of this picture, there comes the necessity of building limits to the legal text, guaranteeing that the legal protection of domestic violence won't turn into a despotic exercise of power, which this paper briefly aims to do.

KEY WORDS: Domestic violence, Maria da Penha, Limits-Range, Fundamental rights, Protective measures, Prison, Criminal policy, Constitutionality, Dry Law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da abrangência da Lei Maria da Penha. 3 Prisão. 4 Intervenção de ofício do juiz. 5 Competência cível. 6 Interpretação analógica do art. 22 da LMP. 7 Aplicação analógica da Lei nº 9.099/95. 8 Aplicabilidade do novo art. 129, §9º do Código Penal. 9 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, representou uma tentativa do legislador pátrio de enfrentar o problema da violência de gênero, superando resquícios patriarcais fortemente arraigados na cultura e na sociedade brasileiras. A premissa da qual parte a lei apresenta-se, portanto, como algo absolutamente válido e salutar: coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher evitando a banalização¹ de um comportamento social amplamente reprovável.

A opção político-criminal do legislador pelo controle penal de um fenômeno que possui raízes históricas, sociológicas, antropológicas e psicológicas é que causa estranheza. A utilização do Direito Penal enquanto ferramenta mágica para solução de todos os problemas, a fantasia da repressão penal como fonte de paz e segurança, novamente fez valer sua força. A irracionalidade da intervenção penal mais uma vez ocupa a lacuna que a educação, a cultura e o desenvolvimento econômico e social não conseguem preencher.

Aliás, em se tratando do emprego da fantasia representada pelo Direito Penal, pertinente a lição da autora Maria Lúcia Karam, que, criticando a nova e tão antiga opção legislativa, aduz que “o enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação, vale sempre repetir, não se darão através da sempre enganosa intervenção do Direito Penal. É preciso busca instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil, simplista e meramente

¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.73.

simbólico apelo à intervenção do sistema penal”².

Com razão a renomada jurista. O recurso à repressão penal de fatos de origem familiar, onde muitas vezes sentimentos de amor, afeto, carinho e compaixão, com maior ou menor intensidade, unem as pessoas, só pode causar dor, sofrimento e estigmatização.

Com efeito, sendo essa a vontade do povo, que mediante seus representantes, em um Estado Democrático de Direito, escolheu o controle penal como solução para os conflitos domésticos, tal decisão deve ser respeitada e, a Lei nº 11.340/06, cumprida.

Nesse sentido, a crítica feita por alguns setores da doutrina³ à constitucionalidade da Lei Maria da Penha, consistente em uma suposta infração ao princípio constitucional da igualdade, em virtude da especial proteção concedida à mulher em situação de violência doméstica, não merece prosperar. Conforme será objeto de análise mais acurada ao longo deste trabalho, trata-se, na verdade, de uma ação afirmativa, da promoção da igualdade material entre os desiguais, algo que não nega, mas, pelo contrário, reafirma o princípio insculpido no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O que deve ser feito, na verdade, é um exame criterioso dos dispositivos penais e processuais penais introduzidos pela Lei Maria da Penha, estabelecendo limites à aplicação desse diploma legal, dotado de instrumentos cerceadores de direitos fundamentais, como forma de assegurar a incolumidade das liberdades constitucionalmente garantidas, superiores hierarquicamente às novas previsões infraconstitucionais.

O objetivo do presente estudo consiste, por conseguinte, em analisar exemplificativamente alguns dos dispositivos da Lei nº 11.343/06 que podem relativizar direitos e garantias fundamentais, como forma de evitar a configuração de constrangimentos indevidos às liberdades individuais dos cidadãos. Essa tarefa mostra-se como imperativa, visto que a Lei nº 11.340/06 trouxe em seu bojo previsões

² KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 168, p. 06-07, nov. 2006.

³ SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA, Tiago Abud de. A aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 168, p. 04-05, nov. 2006.

demasiadamente genéricas, devendo os seus limites serem encontrados a partir da atividade hermenêutica.

2 DA ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

O art. 5º da Lei nº 11.340/06 dispõe que constitui violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, dano moral ou patrimonial, ocorridas no âmbito da unidade doméstica, da família ou em relações de afeto, prevendo, ao final, que a proteção outorgada às mulheres independe de orientação sexual.

Diante disso, alguns autores, como a desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, passaram a sustentar que os mecanismos criados pela Lei Maria da Penha para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher seriam também aplicáveis a lésbicas, travestis e transexuais⁴. Todavia, com a devida vênia, esse entendimento não merece prosperar. Como forma de elucidar essa objeção, submeter-se-á as três categorias em comento a análises individualizadas, de acordo com suas peculiaridades.

a) Lésbicas

É sabido que o parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha estabeleceu, expressamente, que a proteção às mulheres em situação de violência familiar ou doméstica independe de orientação sexual. Isso significa, na prática, que a mulher homossexual em situação de violência poderia, a princípio, se valer das tutelas protetivas de urgência, requerendo sua imposição em face da companheira agressora. Essa última, ademais, se veria impossibilitada de pleitear os benefícios da Lei nº 9.099/95, tendo, ainda, eventualmente, sua pena agravada em caso de condenação (art. 61).

Entretanto, não se pode perder de vista que o sistema normativo

⁴ DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>>. Acesso em: 17 out. 2008.

brasileiro se encontra organizado dentro de uma estrutura hierárquica, em que a Constituição da República ocupa o topo da pirâmide normativa. Logo, por mais claro que possa ser um determinado comando legal, sua validade dependerá, necessariamente, da verificação de sua constitucionalidade; é dizer, uma norma somente poderá ser considerada válida caso não infrinja nenhum preceito constitucional.

Na hipótese em exame, urge ser reconhecida a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha. Não que seja inconstitucional a proteção especial dada às mulheres pelos dispositivos penais e processuais da referida lei. Antes pelo contrário, a inconstitucionalidade daquele comando legal deriva justamente da constitucionalidade da discriminação operada pela Lei nº 11.340/06.

Melhor explicando: ao destinar tratamento preferencial às mulheres em situação de violência, procurou a lei atingir a chamada igualdade material, calcada no ideal de justiça distributiva aristotélico, segundo o qual deve-se tratar desigualmente os desiguais, como forma de atingir a verdadeira igualdade. A mulher, historicamente subjugada por uma sociedade notadamente patriarcal (ou machista, com queiram), e inferior fisicamente ao homem, foi objeto de uma ação afirmativa por parte do Estado, que buscou, através, principalmente, das chamadas medidas protetivas de urgência e do enrijecimento de penas para o agressor, equilibrar a balança de poder familiar, que ainda pende, infelizmente, em favor do homem.

Note-se que a discriminação promovida por uma ação afirmativa depende, necessariamente, da existência de uma situação anterior de desigualdade material. Caso tal situação inexista, a discriminação deixa de ser um instrumento de justiça para se tornar um fim em si mesmo, violando, então, o princípio da igualdade.

A partir das razões tecidas é que se defende a inconstitucionalidade da aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres homossexuais em situação de violência doméstica ou familiar, na hipótese de agressão por parte da companheira. Afinal, nesse ambiente, inexiste qualquer desigualdade de forças a ser sanada, ou seja, não se encontra presente o fundamento constitucional da especial proteção à mulher. Sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da LMP, veja-se a lição de Eugênio Paccelli:

“Antes disso: não há inconstitucionalidade no tratamento diferenciado para a mulher adulta, em relação ao homem adulto, em razão da supremacia física deste último, ao menos, no que diz respeito a manifestação de força e de poder no âmbito das relações domésticas. É por isso que não sustentamos a aplicação desta Lei às relações homossexuais femininas, evidentemente que não em razão da natureza amorosa da relação, mas, muito ao contrário, com fundamento na igualdade de forças mais presente naquele ambiente”.⁵

E que não se diga que o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º contraria o espírito democrático, pois o povo, através do Congresso Nacional, haveria decidido pela extensão da lei ao relacionamento homossexual feminino. As escolhas do legislador infraconstitucional estão limitadas pelos direitos fundamentais e pelos princípios sensíveis da Constituição Federal, dentro os quais se encontra a igualdade, sendo que o desrespeito a essas balizas importa na transmutação da democracia em uma mera tirania da maioria.

Portanto, urge ser reconhecida a inaplicabilidade da Lei Maria da Penha às relações mantidas entre mulheres homossexuais e, mais que isso, a verdadeira inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do referido diploma legal, como forma, inclusive, de preservar a própria integridade e validade da especial proteção conferida à mulher.

b) Travestis

Ao estudar a figura dos travestis, a psicologia vem se deparando com algumas situações realmente paradoxais. Afinal, o travesti é uma pessoa que não possui uma identidade apenas, mas duas, a masculina e a feminina. A razão de tal fenômeno permanece inexplicada. Sabe-se, todavia, que diante da necessidade de atender a essas duas identidades, o travesti inicia um processo de adaptação de seu corpo, que buscará atingir, ao máximo, a metade de sua essência à qual sua compleição física não corresponde. Didaticamente, é como se duas orientações sexuais diferentes ocupassem apenas um corpo. Em razão disso, o travesti não procura o recurso à mudança de sexo; ele só se

⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 614.

sente completo através da convivência entre ambos os sexos⁶.

Por mais que os estudos psicológicos apontem para a existência de uma personalidade feminina no travesti, por certo os postulados da Lei Maria da Penha não lhe serão aplicáveis. Isso porque a interpretação de uma norma que prevê a possibilidade de restrição de vários direitos fundamentais, bem como estabelece sanções penais mais rigorosas a seus destinatários, deve ser realizada de forma restritiva, e não extensiva⁷.

Com efeito, o travesti é biologicamente e juridicamente homem, razão pela qual ao mesmo, em situação de violência doméstica e familiar, não será estendida a proteção da Lei Maria da Penha.

c) Transexuais

O caso mais complexo, contudo, parece ser o dos transexuais, cujo enquadramento jurídico já há muito preocupa os juristas⁸. De acordo com a definição proposta pela Dr^a. Moara de Medeiros Rocha Santos em sua tese de doutoramento, o transexual é um indivíduo consciente de seu sexo, mas que anseia viver como sendo do sexo oposto. Por essa razão, “consideram o modo como são vistos pela sociedade (identidade de gênero) incongruente com o que acreditam ser”⁹. Nessas situações, a identidade sexual e de gênero somente será alcançada após uma cirurgia para a mudança de sexo. Trata-se, grosso modo, de uma pessoa de um determinado sexo “presa” em um corpo de sexo oposto.

O Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais estabelece alguns critérios objetivos para aferição da transexualidade, nos termos da resolução nº 1.652/02, senão vejamos:

“Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo,

⁶ FARINA, R. *Transexualismo – do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novalus.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67.

⁸ PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 253.

⁹ SANTOS, Moara de Medeiros. *Desenvolvimento da identidade de gênero em casos de intersexualidade: contribuições da psicologia*. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_arquivos/27/TDE-2006-06-20T182331Z-83/Publico/Dissert.pdf>. Acesso em: 20 out. 2008.

aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais”.

Quanto ao transexual não operado, inexistem maiores dificuldades. Afinal, valem as mesmas observações tecidas sobre a aplicabilidade da lei aos travestis, ou seja, em se tratando os transexuais não operados de homens, jurídica e biologicamente falando, incogitável sequer a aplicação da Lei Maria da Penha.

No entanto, seriam os dispositivos protetivos da LMP adequados para a tutela dos interesses dos transexuais masculinos operados, ou seja, que retiraram os órgãos sexuais masculinos?

Pois bem, tem-se que a Lei nº 11.340/06 criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A solução da questão acima proposta, portanto, perpassa pela definição do conceito de mulher para fins de aplicação daqueles dispositivos.

Ora, mulher, biologicamente, é o ser humano que apresenta o cariótipo XX. Excepcionalmente, pode haver mulheres XXX, ou apenas X, sendo que tais variações não afetam a sua concepção enquanto tal, pois que presentes as características genéticas do sexo feminino. A diferença genética para com o homem está na ausência do cromossomo y, chamado de cromossomo masculino. A presença desse cromossomo caracteriza o homem, e nenhuma forma de prática cirúrgica poderá alterar esse fato.

Também se pode diferenciar homem e mulher a partir dos órgãos sexuais (sistema reprodutivo) que cada um possui, assim como faz a doutrina quando diferencia o estupro do atentado violento ao pudor. Nessa última hipótese, sustentam os autores que somente a mulher pode ser sujeito passivo do crime de estupro, já que o tipo penal exige como elemento a conjunção carnal, caracterizado pela cópula vagínica¹⁰.

Ocorre que, adotando-se os critérios acima, de natureza biológica, urge asseverar que o transexual não pode se valer da proteção da Lei

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3, p. 197.

Maria da Penha. Afinal, em primeiro lugar, o mesmo nunca poderá mudar sua constituição genética, retirando o cromossomo Y. Em segundo lugar, tem-se que a cirurgia de mudança de sexo não extirpa totalmente o órgão sexual masculino. O que se faz, na verdade, é uma invaginação daquele órgão, sendo algumas de suas partes sensíveis utilizadas para a construção de um novo órgão sexual com aparência de vagina. Nenhum dos demais órgãos do sistema reprodutor feminino se encontra presente na hipótese (ovários, útero, trompas, etc.).

Poder-se-ia sustentar, no entanto, que alguns homens vêm conseguindo, após decisão judicial, averbar a “mudança de sexo” no registro civil, passando a ser, juridicamente, mulheres. Logo, haveria como, a princípio, pugnar pela aplicação da proteção da LMP.

Contudo, tal argumento não pode prosperar. Novamente, há que se lembrar que o Direito Penal e o Direito Processual Penal estão adstritos ao princípio da legalidade e à necessidade de interpretação restritiva das normas violadoras de direitos fundamentais, respectivamente. Não cabe ao intérprete afastar o critério biológico para utilizar outro, jurídico, mais amplo, sem autorização legal expressa. E que não se diga que o emprego de critérios diferentes para a conceituação de mulher nas diferentes esferas jurídicas (civil e penal) poderia colocar em xeque a unidade do ordenamento. Afinal, os diferentes campos do saber jurídico utilizam critérios diferenciados para definir e interpretar vários conceitos, tais como coisa imóvel, funcionário público, dano, dolo, culpa, dentre vários outros. E não há mal algum nisso; trata-se, na verdade, de um mero respeito às peculiaridades inerentes aos vários ramos do Direito.

Corroborando nosso entendimento, veja-se o interessante comentário do ilustre criminalista Luiz Borges D’Urso:

“A operação de mudança de sexo, realizada pelo transexual pode lhe dar aparência externa de outro sexo, mas jamais o transformará em um ser do outro sexo, pois aquele homem sem pênis, um eunuco, jamais terá ovário, trompas, etc. e sua vagina não terá elasticidade, não será revestida por mucosa e sim por pele e não haverá lubrificação vaginal, portanto, jamais será uma mulher”¹¹.

Concluindo, a aplicação da Lei nº 11.340/06 deverá se limitar às

¹¹ D’URSO, Luiz Flávio Borges. *O transexual, a cirurgia e o registro*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 16 abr. 2001.

relações domésticas e familiares heterossexuais, vez que tal é a única forma de se interpretar o referido diploma legal respeitando os princípios constitucionais da igualdade e da legalidade.

3 PRISÃO

A Lei Maria da Penha alterou a redação do art. 313 do Código de Processo Penal para fazer inserir uma nova condição de admissibilidade da prisão preventiva. Dessa forma, a custódia preventiva será cabível “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” (inciso IV).

Todavia, essa nova circunstância autorizadora do decreto preventivo deve ser analisada e aplicada com parcimônia, pois não é toda e qualquer situação de violência doméstica que ensejará a sua imposição. O novo art. 313, IV do Código de Processo Penal somente pode ser interpretado em consonância com os requisitos e os fundamentos da prisão preventiva, pois a constitucionalidade de qualquer espécie de prisão provisória depende da demonstração de sua necessidade cautelar (caso contrário, haverá mera antecipação de pena). Isso significa que, ausentes a prova da materialidade do crime e indícios de autoria, bem como o perigo à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, deverá ser rechaçado o recurso à privação prévia da liberdade.

Registre-se, ademais, que a amplitude do conceito de violência utilizado pela Lei Maria da Penha, a despeito de abranger alguns delitos graves, tais como o homicídio ou o estupro, abarca outros de menor potencial ofensivo, como a injúria, a calúnia, a difamação e a ameaça, ou até mesmo as vias de fato e a perturbação do sossego, meras contravenções penais. Por isso, extremamente ponderada a lição de Guilherme de Souza Nucci, que assevera ser “fundamental que o magistrado atue com cautela e bom senso. Ainda que a infração penal envolva violência doméstica contra a mulher (ex: lesão corporal simples), não há sentido em se decretar a prisão preventiva para um delito cuja pena varia de três meses a três anos. Lembremos da conhecida política de aplicação da pena mínima no, existente no Brasil, e será fácil concluir a respeito do absurdo de uma prisão

preventiva para um crime a ser apenado, muito provavelmente, com três meses de detenção”¹².

Outrossim, importa ressaltar que a principal limitação à aplicação da prisão preventiva com fulcro no novo art. 313, IV do CPP se encontra, na verdade, no próprio texto normativo. Afinal, o dispositivo legal em análise dispõe, expressamente, que a prisão preventiva somente será cabível para garantir a execução das demais medidas protetivas de urgência. Isso significa que tal modalidade de custódia possui caráter expressamente subsidiário, ou seja, sua aplicabilidade depende de uma imposição infrutífera prévia de outras medidas protetivas menos onerosas para as liberdades individuais. Somente aí, com a frustração da medida cautelar menos grave, é que se poderá falar na possibilidade de decretação da prisão preventiva agora prevista no item IV, do art. 313. do CPP¹³.

Em suma, a nova condição de admissibilidade da prisão preventiva possui caráter expressamente subsidiário, submetendo-se aos demais requisitos e fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, de acordo com o bom senso do magistrado. Lado outro, urge reconhecer que, existindo razões cautelares, ainda que se trate de delito punido com pena de detenção, será cabível a imposição da cautela preventiva. Alteração essa significativa em relação à previsão legal anterior, e até bem vinda nas hipóteses de violência doméstica, desde que aplicada excepcionalmente, aos casos em que sua necessidade e urgência estiverem irrestritamente comprovadas.

4 INTERVENÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ

O art. 19 da Lei nº 11.340/06 estabelece que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público ou pedido da própria ofendida.

Diante disso, imperioso afirmar que a imposição das medidas protetivas depende, necessariamente, de provocação do órgão

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹³ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 621.

jurisdicional. O decreto protetivo prolatado de ofício, na ausência de manifestação de qualquer uma das partes, possui um vício insanável em sua origem, razão pela qual deve ser aplicada a sanção da nulidade absoluta.

A explicação para tal posicionamento não decorre da mera interpretação literal da lei, que prevê expressamente a necessidade de manifestação de interesse da parte ou do MP como condição para a aplicação da medida protetiva. Na verdade, esse dispositivo legal apenas se ateve ao princípio acusatório, adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual a iniciativa do juiz deve ser limitada como forma de preservar a sua imparcialidade e, conseqüentemente, os direitos das próprias partes litigantes. Logo, não é a simples literalidade, mas a interpretação do art. 19, caput em conformidade com a CR/88 que conduz à conclusão de que a imposição das medidas protetivas depende de uma condição prévia, qual seja o requerimento ministerial ou o pedido da parte.

Observe-se que a nulidade a ser reconhecida na hipótese terá natureza absoluta, vez que infringido o princípio acusatório, cuja previsão se faz em nível constitucional. Desnecessária, inclusive, a demonstração de prejuízo na espécie, pois que esse é presumido, considerando que a violação de princípios constitucionais ofende o devido processo legal.

5 COMPETÊNCIA CÍVEL

A Lei Maria da Penha previu a criação dos chamados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos do poder judiciário responsáveis pelo processamento dos conflitos tratados naquela lei, dotados de competência cível e criminal. A instituição desses Juizados constitui, na verdade, uma mera faculdade dos Tribunais de Justiça, devendo ser rechaçado qualquer entendimento em sentido diverso, posto que eventual caráter obrigatório na criação de tais órgãos ofenderia o princípio constitucional da separação dos poderes, previsto na Constituição Federal¹⁴.

¹⁴ MELLO, Adriana Ramos de. *Comentário à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 9.

Assim, presumindo a constitucionalidade dos Juizados, importante se atentar para uma realidade pouco ortodoxa: a outorga de competência cível para o magistrado que analisa um fato criminoso. A Lei Maria da Penha estabelece que seus dispositivos legais são aplicáveis ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo outros diplomas legais, tais como os Códigos de Processo Penal e Civil, aplicação subsidiária (art. 13).

Tendo em vista a previsão legislativa, de que somente as causas cíveis oriundas das situações de violência estarão abarcadas pela competência dos novos Juizados, há de se reconhecer que a referida competência cível abrange somente procedimentos de natureza cautelar, de forma que as ações principais eventualmente propostas deverão ser processadas e analisadas pelo juízo de família (ou outro competente, nos termos da organização judiciária de cada estado). Tal posicionamento encontra guarida, inclusive, nas próprias disposições exemplificativamente trazidas pelos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha, onde são previstas algumas medidas cíveis, tais como a separação de corpos, a suspensão de procurações conferidas pela ofendida ao agressor e a prestação de alimentos provisionais, todas elas de natureza cautelar. Tudo leva a crer, desse modo, que a competência cível detida pelos Juizados da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher restringe-se à determinação de medidas de natureza cautelar.

Vale lembrar que, enquanto não forem criados os Juizados, a competência para processar e julgar as causas será das varas criminais, nos termos do art. 33 da LMP.

6 INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 22 DA LMP

O artigo 22 da Lei Maria da Penha apresenta um rol exemplificativo de medidas protetivas que podem ser impostas em detrimento do “agressor”, terminação infeliz utilizada pela Lei Maria da Penha para se referir ao agente responsável (ou supostamente responsável) pela prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Contudo, quais os limites à interpretação analógica do art. 22 da Lei nº 11.343/06? Seria possível a aplicação de qualquer medida

protetiva, ao bel prazer do órgão jurisdicional? Estaria o requerimento ministerial de medidas protetivas limitado apenas pela imaginação de seus representantes?

De fato, o art. 22 prevê um rol exemplificativo, *numerus abertus*, das medidas protetivas que podem ser decretadas em situações de urgência em desfavor do "agressor". Entretanto, a supracitada expressão não outorgou aos operadores do Direito uma carta branca, uma autorização geral para elaborar qualquer tipo de restrição à liberdade do cidadão perfunctoriamente apontado como agressor. Pelo contrário, ao apresentar um rol exemplificativo constante de 5 (cinco) incisos, a lei traçou os parâmetros dentro dos quais outras medidas protetivas não escritas poderão ser impostas. Optou a lei, portanto, pelo recurso à interpretação analógica, na qual "vale-se o intérprete de um processo de semelhança com outros termos constantes na mesma norma para analisar o conteúdo de algum termo duvidoso ou aberto"¹⁵. A expressão "entre outras", portanto, constante do art. 22 da Lei nº 11.340/06, não se confunde com uma permissão sem limites para a criação de novas medidas protetivas. Pelo contrário, estabelece ao intérprete a tarefa de identificar a natureza, a essência, os pontos de contato entre a hipótese que se pretende gerar e o modelo posto pela lei. Ausentes tais requisitos, a hipótese criada foge à permissão legalmente conferida ao intérprete, devendo a mesma ser considerada ilegal.

Na Lei Maria da Penha, os incisos I a V do art. 22 prevêem medidas cujas principais características passíveis de serem auferidas são:

- a) Existência de situação de perigo.
- b) Imediaticidade na imposição das medidas, pois o atraso na sua tomada pode resultar em prejuízos insanáveis à mulher (ex: impossibilidade de portar arma; afastamento imediato do lar).
- c) Produção de efeitos diretos sobre o agressor, destinatário das obrigações previstas na norma.
- d) Proteção indireta à mulher, já que a tutela de seus interesses se dá através de uma obrigação que se impõe ao homem.

Note-se, inclusive, que a medida prevista no inc. V, apesar de

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112. (grifo nosso)

possuir natureza cível, apresenta todas as características enumeradas, posto que a obrigação de prestar alimentos provisionais será imposta sobre o homem, visando evitar danos irreversíveis aos seus dependentes econômicos, e produzindo efeitos de forma imediata.

7 APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95

De acordo com os termos da Lei nº 11.340/06, a Lei nº 9.099/95 não se aplica às situações que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tal previsão possui, inclusive, um fundamento de natureza prática. Durante o processamento e o julgamento das causas inerentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, surge para o agente a possibilidade de se valer de uma série de institutos despenalizadores, tais como a transação penal, a composição civil dos danos (que representa renúncia presumida ao direito de representação) e a suspensão condicional do processo. Infelizmente, e essa constatação parece ser compartilhada por considerável parte da doutrina, a Lei nº 9.099/95, que apresenta avanços em direção a um Direito Penal mínimo e garantista, como deve ser o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, produziu efeitos perversos sobre as relações de violência doméstica e familiar contra a mulher. Afinal, os acordos realizados nos Juizados não satisfaziam às necessidades nem da vítima, que muitas vezes voltava com o marido para casa, logo após representar em seu desfavor, somente para sofrer uma maior gama de maus tratos, nem à sociedade, pois que nada se produzia em termos de prevenção de conflitos futuros¹⁶. Talvez por isso as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha tenham sido recebidas como a mais elogiável, criativa e salutar inovação perpetrada pelo referido diploma, desde que, claro, sua aplicação se dê sem abuso, dentro de uma perspectiva cautelar¹⁷.

¹⁶ SABADELL, Ana Lucia. Violência doméstica: críticas e limites da Lei Maria da Penha. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, n. 85, p. 05-07, mar. 2008.

¹⁷ BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu. In: MELO, Adriana (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

Destarte, o fato é que a Lei nº9.099/95, mediante a previsão de institutos despenalizadores, aplicáveis inclusive a crimes que não se enquadram no conceito de menor potencial ofensivo (hipótese da suspensão condicional do processo), fracassou ao tentar tutelar a mulher em situação de violência. Daí o afastamento, louvável, diga-se de passagem, por parte do art. 41 da Lei Maria da Penha, de sua aplicação. Não que o endurecimento do tratamento penal da matéria possua o condão de diminuir a criminalidade; o que se elogia é a possibilidade de evitar a reiteração de condutas delituosas, em alguns casos específicos, mediante o uso dos novos mecanismos legais.

Por oportuno, saliente-se que a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 deve se restringir aos institutos despenalizadores nela previstos. Por isso a previsão da representação, enquanto condição de procedibilidade para o manejo da ação penal na hipótese de lesões corporais leves praticadas em detrimento da mulher, nas relações domésticas e familiares, continua mantida. Afinal, essa foi a mens legis do artigo, e dessa forma deve ser o mesmo interpretado. Sempre preciso em suas anotações, Damásio de Jesus infere que a “Lei n. 11.340/2006 não pretendeu transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar. Público e incondicionado o procedimento policial e o processo criminal, seu prosseguimento, no caso de a ofendida desejar extinguir os males de certas situações familiares, só viria piorar o ambiente doméstico, impedindo reconciliações¹⁸”. Esse entendimento, ressalte-se, já se encontra pacificado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹⁹.

¹⁸ JESUS, Damásio de. Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher. Complexo Jurídico Damásio de Jesus (on line). Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 31 out. 2008.

¹⁹ TJMG: 1.0024.07.759594-0/001(1); 1.0024.07.436854-9/001(1); 1.0024.07.525021-7/001(1); 1.0024.07.547696-0/001(1); 1.0024.07.569175-8/001(1).

§ APLICABILIDADE DO NOVO ART. 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL

O §9º do art. 129 do Código Penal foi introduzido pela Lei nº 10.886/2004 com o nomen juris de violência doméstica. Trata-se de um tipo penal qualificado em relação à lesão corporal do caput, pois que previa, quando de sua gênese, uma pena mínima de 6 (seis) meses de detenção para o agente. Tal dispositivo era aplicado à violência praticada dentro do ambiente familiar, entre irmãos, cônjuges, pais e filhos, ou nas situações em que o agente cometia o delito prevalecendo-se de relações domésticas.

Ocorre que a Lei nº 11.340/06 alterou o preceito secundário do referido dispositivo legal, aumentando-lhe a pena máxima cominada para 3 (três) anos, agora na modalidade de reclusão. A questão, portanto, encontra-se em perquirir se a alteração legislativa perpetrada pela Lei Maria da Penha modificou, também, implicitamente, o próprio preceito primário do art. 129, §9º do Código Penal, restringindo sua aplicabilidade aos casos de violência doméstica praticada em detrimento da mulher, e não a quaisquer pessoas, indistintamente.

Em se tratando de norma penal incriminadora, tem-se que o operador do Direito deve se valer não apenas da interpretação gramatical, mas da interpretação lógica, examinando a razão que fundamenta a regra jurídica e a sua teleologia. Parte-se do sentido literal das palavras, mas vai-se além, em busca da ratio legis²⁰.

Na hipótese, o aumento de pena prevista no art. 129, §9º, assim como a modificação da modalidade de prisão, geram um inúmero de restrições a direitos fundamentais. Apenas a título ilustrativo, lembre-se que a interceptação das comunicações telefônicas, ambientais e em sistemas de informática, bem como a famigerada prisão preventiva, medidas cautelares que restringem os direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e à intimidade, são cabíveis apenas nos crimes punidos com reclusão. Logo, a modificação operada pela Lei Maria da Penha, diploma legal gerado a partir da necessidade de estabelecer a igualdade material no ambiente familiar, com a finalidade de proteger a mulher em situação de violência, acabar por

²⁰ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

cercear direitos fundamentais de pessoas que não são os verdadeiros destinatários diretos daquela norma. Prender preventivamente o irmão que agrediu o outro, ou a filha que investiu contra o pai são condutas cuja repressão não faz parte do objeto da LMP, fonte da alteração legal em comento.

Além disso, o agente poderia se ver injustamente impedido de usufruir alguns dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, vez que o aumento da pena máxima para 3 (três) anos afasta a aplicação da transação penal e da composição civil dos danos, verdadeiros direitos subjetivos do agente.

Em razão disso, imperativo que se reconheça que a modificação operada no preceito secundário do art. 129 §9º acabou por interferir nos próprios limites do preceito primário, de forma que esse tipo penal qualificado somente será aplicado às lesões corporais praticadas por homens contra mulheres em situações de violência doméstica ou familiar. Interpretar de forma diferente seria refutar a interpretação lógica que se propõe, pois o fundamento e a finalidade da lei seriam desvirtuados pela aplicação literal do art. 129, §9º.

Quanto às demais hipóteses de violência doméstica, as mesmas serão tuteladas, quando leves, nos termos do art. 129, caput, do Código Penal. Tal entendimento, registre-se desde já, não representa uma aplicação da conhecida e vedada reprimenda. Afinal, a Lei nº 10.886/04 não revogou ou derogou o art. 129, caput do CP. Apenas previu uma norma especial que afastava a aplicação da norma geral em virtude da presença dos chamados elementos especializantes²¹. Derrogada a norma especial em razão do advento da Lei Maria da Penha, aplica-se novamente a norma geral, cuja vigência e validade nunca foram alteradas.

9 CONCLUSÃO

Verificada uma situação de desigualdade, o poder público está autorizado a realizar uma discriminação, identificando o grupo que se encontra em relação de inferioridade, e promovendo, mediante ações

²¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 133.

positivas, a igualdade real²². Não há como negar, portanto, a constitucionalidade da proteção outorgada pela Lei nº 11.340/06 às mulheres em situação de violência doméstica ou familiar.

Acreditamos, inclusive, tal qual Rogério Sanches e Ronaldo Batista²³, na necessidade de afastamento dos dispositivos dos Juizados Especiais Criminais das situações envolvendo violência doméstica contra a mulher. Não que a nova lei venha a diminuir a criminalidade de alguma forma, mas apenas pela razão de que o agente pode ser obrigado a se manter longe da vítima, ou até mesmo ter sua liberdade restringida, tutelando os interesse daquela mediante a neutralização do “agressor”.

A conclusão parece um pouco paradoxal, mas não é. A mudança legislativa, por si só, não causará nenhuma alteração nos índices de criminalidade doméstica, pois a resposta penal dada ao fato constitui uma mera fantasia, incapaz de resolver o foco de conflito, a origem do problema, que é demais complexa para ser resolvida pela revogação de uma lei ou a edição de outra. Todavia, o Brasil necessitava mudar o tratamento jurídico penal destinado à violência doméstica para, pelo menos, munir os órgão jurisdicionais de mecanismos hábeis a evitar a eventual reiteração de condutas delitivas, ainda que apenas em alguns casos específicos. A necessidade, diante da opção do legislador, é impor limites a essa lei através da atividade hermenêutica, como forma de evitar que a preservação dos direitos da mulher em situação de violência seja feita mediante violação indevida das liberdades individuais de todos os outros cidadãos, transmutando a almejada proteção em um verdadeiro combate ao “agressor” inimigo.

²² CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de. *Violência Doméstica: Análise da Lei “Maria da Penha”*. Bahia: Podivm, 2007.

²³ PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos juizados especiais criminais. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10328>>. Acesso em: 22 out. 2008.