

1 Introdução

A violência contra a mulher, freqüentemente aviltada pelos resquícios da ideologia patriarcal, é fruto da sua histórica posição de subordinação. Essa prática condenável sofreu notáveis mudanças com a entrada em vigor, no dia 22 de setembro de 2006, da Lei dos Crimes contra a Mulher e Violência Doméstica e Familiar (ou Lei Maria da Penha). Essas mudanças ocorreram principalmente com a criação de mecanismos de intervenção preventiva e repressiva. Os objetivos da citada lei são, principalmente, o de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando a assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher.

O Ministério Público, na qualidade de guardião dos interesses da sociedade, assumiu a responsabilidade de agir, em nome da mulher vítima da violência doméstica, com base na legitimidade outorgada pela Lei Maior e pela Lei Maria da Penha, para atuar em juízo, em defesa de suas aspirações maiores. A participação do Órgão Ministerial é indispensável. Tem legitimidade para agir como parte, intervindo nas ações como *custos legis*, tanto nas causas cíveis como criminais (art. 25). Ao ser intimado das medidas que foram aplicadas (art. 22, § 1º), pode requerer a aplicação de outras (art. 19) ou sua substituição (art. 19, § 3º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, deve o promotor estar presente na audiência (art. 16). Também lhe é facultado requerer o decreto de prisão preventiva do agressor (art. 20).

Mesmo que tenha sido atribuída aos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 38), o Ministério Público deverá manter um cadastro similar (art. 26, III). As Secretarias Estaduais de Segurança Pública devem remeter informações para a base de dados do Parquet (art. 38, parágrafo único). Tal registro não se confunde com os antecedentes judiciais. Ainda que a operacionalização dessa providência legal possa gerar mais trabalho, a medida é salutar. Trata-se de providência que visa a detectar a ocorrência de reincidência, como meio de garantir a integridade da vítima. Também lhe foi atribuída a defesa dos interesses e direitos transindividuais previsto na lei (art. 37).

Pela primeira vez no Brasil, uma lei nova tenta conter o velho problema da violência contra a mulher. Foi implantado um sistema de maior rigor

penal, introduzido pela Lei nº 11.340/2006, ao fato típico da infração ali definida. A partir das últimas décadas do século XX, são visíveis os avanços, no Brasil, como de resto no mundo ocidental, no sentido da afirmação e garantia dos direitos da mulher, da superação das relações de subordinação e da construção de uma nova forma de convivência entre os gêneros. Esses avanços estão associados ao crescimento da participação da mulher nas atividades econômicas, com sua entrada maciça no mercado de trabalho, coincidente com a expansão do setor terciário da economia. São também resultado da evolução comportamental e da parcial superação de preconceitos no campo da sexualidade.

Seguindo essa tendência, há algum tempo, os movimentos feministas, dentre outros movimentos sociais, se fizeram co-responsáveis pela hoje inegável expansão do poder punitivo. Aderindo à intervenção do sistema penal como base de solução para esses problemas, contribuíram decisivamente para a implantação do maior rigor penal. Como resultado dessas lutas, as legislações punitivas em vários países foram alteradas, buscando conter ou prevenir a violência contra a mulher. Estabeleceram, nesse sentido, princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas constituições democráticas, com a crescente valorização dos direitos fundamentais.

Mulheres e homens entusiastas do rigor penal como pretensa solução para a violência de gênero vêm lutando com a finalidade de superação de práticas diferenciadas, arbitrárias ou discriminatórias. Lutam para a concretização do direito fundamental à igualdade para homens e mulheres. Não aceitam mais as práticas diferenciadas, arbitrárias e discriminatórias que suprimem direitos fundamentais. Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 11.340/06, podemos destacar as seguintes:

a) No âmbito da violência doméstica contra a mulher, será punida a ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano patrimonial, provocados no ambiente familiar. Entende-se, nesse caso, qualquer relação íntima de afeto, independentemente da opção sexual, onde as pessoas convivam ou tenham convivido. Noutros termos, para efeito da citada lei, estão em sua esfera de proteção a família tradicional que se origina do casamento, a família que brota da união estável e até mesmo aquela que surge das relações homossexuais ou a família monoparental.

b) O art. 44 do novo diploma legal alterou o art. 129, § 9º, do Código Penal, elevando a pena máxima do delito para três anos, afastando-o, com isso, do rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Tanto é assim que a nova lei

prevê a criação de juizados especiais criminais, outorgando competência ao juízo criminal comum para a aplicação da Lei nº 11.340/06 até a criação de tais órgãos (art. 14 e 33).

c) O art. 41 trouxe expressa vedação à aplicação da Lei nº 9.099/95 “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista”. A determinação tem relevância, mesmo diante do aumento da pena estabelecida no art. 44. Isso porque existem dispositivos na Lei dos Juizados Especiais que se aplicam aos delitos que estão além de sua competência, como a suspensão condicional do processo, que seriam atingidos pela vedação mencionada. Além disso, existem infrações penais que continuam sendo de menor potencial ofensivo, mesmo que praticadas no âmbito da violência doméstica, como a ameaça, por exemplo. Sem dúvida, o art. 14 trouxe um grande avanço com a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal.

2 Aspectos controvertidos

O diploma legislativo, no afã de proteger a mulher, não hesitou em alterar disposições da Lei dos Juizados Especiais, estabelecendo a aplicação de penas diferenciadas aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Trata-se, portanto, de um dos pontos controvertidos da nova lei. Nesse caso, houve a quebra da isonomia, manifestada na exclusão da incidência da Lei nº 9.099/95 em hipóteses de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41) ou na vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária e de substituição da pena privativa de liberdade que implique o pagamento isolado de multa (art. 17).

O princípio da isonomia exige que o mesmo tratamento seja dado e os mesmos direitos sejam reconhecidos a todos que estejam em igualdade de condições e situações. O fato de uma determinada infração penal caracterizar-se como uma violência de gênero não é um diferencial, quando se cuida de institutos relacionados à dimensão do potencial ofensivo da infração penal. Também não o é, quando se cuida do modo de execução da pena concretamente imposta, não se autorizando, assim, por essa irrelevante particularidade, a desigualdade de tratamento.

O grau de uma infração penal que a faz ser identificável como de menor ou de médio potencial ofensivo é determinado pela Lei nº 9.099/95, com base, tão-somente, na medida das penas máxima e mínima abstratamente comina-

das. Trata-se aqui de lei geral imperativamente aplicável a todos que se encontrem na situação por ela definida. Portanto, não está autorizada estabelecer a desigualdade de tratamento entre pessoas a quem seja atribuída prática de infrações penais. Em regra, devem ser-lhes cominadas penas máximas ou mínimas de igual quantidade, tendo em vista o igual teor.

No que concerne à dimensão de seu potencial ofensivo, uma infração penal que se evidencia como violência o gênero, a que é cominada pena máxima de dois anos, não se distingue de quaisquer outras infrações penais para as quais são cominadas iguais penas máximas.

Todas se identificam, em sua igual natureza de infrações penais de menor potencial ofensivo, pela quantidade das penas que lhes são abstratamente cominadas.

Além disso, todos os autores igualmente se identificam na igualdade de condições e situações em que se encontram. Nessa discussão, merece destaque o fato de que a Constituição da República igualou, em direitos e deveres, homens e mulheres, especialmente no que concerne à sociedade conjugal (art. 226, § 5º). O mesmo fez em relação aos filhos, dando-lhe total igualdade, nos termos do art. 227, § 7º.

A nosso ver, está aí, um dos pontos controversos. Quando a lei refere-se à violência doméstica e familiar contra a mulher não está dispondo, única e exclusivamente, sobre a mulher que é agredida pelo marido ou companheiro. Neste contexto de relações, a violência pode ser exercida por pais contra filhas ou, ao contrário, por filhos contra a mãe. Como se observa, criou o legislador infraconstitucional duas situações distintas, deixando de lado a isonomia constitucional. Exemplificadamente, imaginemos que a filha é agredida pelo pai e essa agressão causa lesão corporal. Nesse caso, o pai responderia pelo crime previsto no art. 129 do Código Penal, com a nova pena prevista no art. 44 da Lei nº 11.340/06, sem direito à aplicação de qualquer instituto despenalizador previsto na Lei nº 9.099/95, sendo a ação penal pública incondicionada.

Imaginemos agora a agressão do pai contra o filho. Nesse caso, pelo cometimento da infração, responderá também o pai pela regra do art. 129 do Código Penal, com a nova redação imposta pela Lei nº 11.340/06. Todavia, como o art. 41 da citada lei estabelece que a Lei dos Juizados não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, neste segundo caso, a ação penal seria pública, condicionada à representação. Portanto, seria possível, em tese, a suspensão condicional do processo.

O mesmo raciocínio pode ser feito no caso do filho que ameaça a mãe e o pai. Na ameaça contra a mãe, não se aplica a Lei dos Juizados Especiais, ao revés do que ocorre na violência perpetrada contra o pai. Ademais, esse tratamento diferenciado tem repercussão nas relações homoafetivas, que passam a ser reconhecidas no território nacional. Aqui não é preciso muito esforço para se perceber que a Lei nº 11.340/06 acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher, bem como entre filhos, entes que o poder constituinte originário tratou de maneira igual. E, como resultado, gerou desigualdade na entidade familiar.

Outro ponto que provoca controvérsia no texto da lei em análise está na aplicação das medidas protetivas de natureza cível. A hierarquia dos bens jurídicos, tutelados pela Constituição da República, se vê também violada. São medidas que impõem o afastamento do autor do alegado crime do convívio com a ofendida e testemunhas, retratando violência de gênero (inciso I a III do art. 22). Tais medidas têm natureza cautelar, sendo aplicáveis unicamente para assegurar os meios processuais em que se busca a realização da pretensão punitiva fundada na alegada prática do crime configurador da violência de gênero.

Sua imposição, portanto, se condiciona à existência de fatos demonstrativos de que a proximidade do autor de um tal crime com a ofendida ou com as testemunhas estaria a impedir sua livre manifestação, assim constituindo um risco ao normal desenvolvimento do processo. A Lei nº 11.340/06 trata de matéria cível, incluindo, dentre as medidas protetivas de urgência, a restrição ou a suspensão de visitas a “dependentes menores” e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (inc. IV e V do art. 22).

A restrição ou suspensão de visitas a filhos viola o direito à convivência familiar, assegurado pela CF (art. 227) e pela Convenção sobre os Direitos da Criança (§ 3º do art. 9º). Esta expressamente enuncia o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regulamente relações pessoais e contato direto com ambos. Ao pretender suprimir tal direito, a Lei nº 11.340/06 desconsidera a vontade da criança ou do adolescente. Preocupando-se apenas com a audição de “equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar”, viola regras estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Esses dispositivos asseguram à criança que for capaz de formar seus próprios pontos de vista o direito de exprimir suas opiniões livre-

mente sobre todas as matérias que lhe forem atinentes. E assim, devem ser levadas em conta suas opiniões em função de sua idade e maturidade, para esse fim. Deve, além disso, ser-lhe dada oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito.

Outro aspecto controvertido da discriminatória proteção à mulher encontra-se na regra do art. 16 da lei em exame. Estabelece o citado dispositivo que a renúncia à representação só poderá se dar perante o juiz, em audiência especialmente designada para tal fim e ouvido o Ministério Público. A mulher passa a ser assim, objetivamente, inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora. É tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria.

Ainda no tocante ao citado art. 14, para a plena aplicação da lei, o ideal seria que em todas as comarcas fosse instalado um JVDPM. O juiz, o promotor, o defensor e os serventuários da justiça deveriam ser capacitados para atuar nessas varas. As comarcas também precisariam contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (art. 34). Porém, diante da realidade brasileira, não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todas regiões deste país. Até porque, de modo injustificado, sequer foi exigida sua criação ou definidos prazos para a sua implantação.

3 Considerações finais

Podemos concluir, nestas observações sobre a Lei nº 11.340/2006, que, infelizmente, o que se verifica é a constante ausência de uma política pública criminal, através da ratificação de uma legislação de emergência, com forte apelo à sua função simbólica. Ainda que se conclua pela existência da eficácia simbólica da lei, o fato é que esta possui limites. Por isso, deve ser usada com parcimônia, sob pena de se adotar um procedimento autofágico. Diante da pluralidade exacerbada da legislação, os mecanismos de persecução penal apresentam capacidade reduzida de realização do plano de criminalização. Por consequência, atuam de forma mais seletiva, pondo em xeque a credibilidade do sistema que, por sua vez, é componente indispensável para a eficácia simbólica da norma.

Desnuda-se, assim, a ineficácia do sistema penal, mormente no que toca aos crimes que compõem a delinquência e que, em regra, estão fora das categorias atingidas pela Lei nº 9.099/95. Não há como compreender que o legislador pretenda resolver o problema da violência doméstica recorrendo, de forma discriminatória e inconstitucional, ao mesmo procedimento. O discurso do “mais do mesmo” já foi objeto suficiente de demonstração na literatura especializada, para que se pretenda apresentá-la com foros de novidade. A questão passa a ser pragmática: enquanto o país não conseguir sair deste círculo vicioso, o problema criminal avulta. Portanto, fica difícil saber até quando o quadro será reversível sem o recurso a práticas exterminatórias.