

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

LAURA DE CASTRO SILVA MENDES

O ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 11.641/2018: A TENDÊNCIA À
JUDICIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
E OS DESAFIOS DE MANEJO DA *NOVATIO LEGIS* INCRIMINADORA.

São Paulo

2018

LAURA DE CASTRO SILVA MENDES

O ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 11.641/2018: A TENDÊNCIA À
JUDICIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
E OS DESAFIOS DE MANEJO DA *NOVATIO LEGIS* INCRIMINADORA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Banca Examinadora da Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Professor orientador: Me. Marcelo Luiz Barone.

São Paulo

2018

LAURA DE CASTRO SILVA MENDES

O ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 11.641/2018: A TENDÊNCIA À
JUDICIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
E OS DESAFIOS DE MANEJO DA *NOVATIO LEGIS* INCRIMINADORA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Banca Examinadora da Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Professor orientador: Me. Marcelo Luiz Barone.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Marcelo Luiz Barone

Aos meus pais, que jamais mediram esforços para que eu concluísse esta – e qualquer – etapa de minha vida com nada menos do que genuína satisfação, acadêmica e pessoal. A eles dedico, invariavelmente, o meu máximo empenhamento: por ora, em forma de monografia.

RESUMO

Este trabalho tem como precípua objetivo analisar a Lei Federal nº 11.641/2018, a qual inseriu na Lei Federal nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) o seu primeiro e único crime, qual seja o de descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência nela previstas. Isto, por meio do estudo das normas jurídicas internacionais e pátrias as quais precederam e serviram de alicerce à legislação atual – ora também objeto de pontuais reflexões – valendo-se ainda da jurisprudência relacionada ao tema. Para tanto, parte-se da premissa de que a igualdade de gênero, para ser enfim alcançada, carece de progressivas modificações do pensamento cultural. Este, inclusive, conduzido pelas sucessivas alterações legislativas socialmente reivindicadas. Ocorre que tais inovações legais necessitam aportar no ordenamento jurídico com adequação e cautela, sob pena de se tornarem leis simbólicas e não efetivas, haja vista os desafios de seu manejo, na prática criminal.

Palavras-Chave: Igualdade de Gênero. Direitos da Mulher. Violência Doméstica e Familiar. Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência.

ABSTRACT

This essay main objective is analyzing the Federal Law nº 11.641/2018, which inserted in Federal Law nº 11.340/2006 (so called “Maria da Penha” Law) its first and only crime, which is to breach a judicial decision that provided urgency cautions for therein. This, through the study of the international and national legal norms that preceded and served as a foundation for the current legislation – also subject to specific reflections – using current jurisprudence related to the topic. To do so, it is based on the premise that gender equality, to be finally achieved, requires progressive changes in cultural thought. This, by the way, is driven by successive socially claimed legislative changes. It happens that such legal innovations need to be inserted in the legal system with adequacy, under penalty of becoming a symbolic and ineffective law, given the challenges of its handling during criminal practice.

Key words: Gender equality. Women Rights. Domestic and Familiar Violence. Maria da Penha Law. Protective Cautions of Urgency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 BREVE APANHADO HISTÓRICO: DAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS NO COMBATE ÀS VÁRIAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO DA MULHER	11
2.1 NORMATIVA INTERNACIONAL PRETÉRITA À LEI MARIA DA PENHA: 'DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES'	11
2.2 ALICERCE CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURÍDICA CONFERIDA À MULHER E DA PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR	13
2.3 DIPLOMAS LEGAIS BRASILEIROS ANTERIORES À LEI FEDERAL Nº 11.340/06 E A ASCENSÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	14
3 DA LEI FEDERAL Nº 11.340/06 – LEI MARIA DA PENHA	18
3.1 O CASO 12.051	18
3.2 ESCOPO LEGAL	19
3.3 FORMAS DE VIOLÊNCIA ALÉM DA <i>VIS CORPORALIS</i>	19
4 DA PREVISÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA	23
4.1 ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES GERAIS PROCEDIMENTAIS	24
4.2 AS MEDIDAS PROTETIVAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR	25
4.3 AS MEDIDAS PROTETIVAS CONFERIDAS À OFENDIDA	27
4.4 DADOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	28
5 DA LEI FEDERAL Nº 11.641/2018: A NOVEL QUE INCLUIU O ARTIGO 24-A NA LEI MARIA DA PENHA	30
5.1 A CELEUMA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR À LEI Nº FEDERAL Nº 11.641/2018	31
5.2 ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DO NOVO CRIME: PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA OFENSIVIDADE E DA LESIVIDADE JURÍDICA	34
5.3 A QUESTÃO DA NÃO INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 9.099/95	36
5.4 A POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE FIANÇA PELO JUIZ	38
6 DOS IMPACTOS JURÍDICOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA	40
6.1 A CONTROVERSA TENDÊNCIA À PENALIZAÇÃO DE CONDUTAS	41
6.2 O RISCO DA CRIAÇÃO DE “LEIS SIMBÓLICAS” E O DESAFIO DE ADEQUAÇÃO SOCIAL DA NOVA LEI	43
7 CONCLUSÃO	45
8 REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O trabalho de conclusão de curso que ora se apresenta é fruto de reflexões as quais objetivam dar início, a nível de graduação, a um debate sobre a nova legislação (Lei Federal nº 11.641/2018) que inseriu na Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/06) o seu primeiro tipo penal. A discussão será conduzida não apenas mediante a análise textual estrita da nova norma jurídica, mas, precipuamente, dos impactos observados no sistema preexistente e, também, dos desafios de alcance dos objetivos que *a priori* justificam a criação da lei em estudo.

À partida, o reconhecimento sociológico de que não há, substancialmente, igualdade entre homens e mulheres. Sendo assim, mostra-se um instrumento basilar voltado a este fim a gradativa transformação do aparelhamento jurídico correlato ao tema.

Ora, a diferença de tratamento entre os sexos, sobretudo mediante a valorização de papéis atribuídos aos homens, nada mais é do que uma construção histórico-cultural. Desta feita, a incessante busca por mudanças legislativas, de acordo com novos valores da sociedade em que se inserem, ao longo da história, corresponderá a tópico inicial de estudo. Isso porque relaciona-se diretamente à ascensão dos movimentos feministas a (legítima) reivindicação de uma legislação mais contundente, a qual consiga coibir e eventualmente repreender (ainda que o faça por meio de novos delitos) a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesta esteira, considerar-se-á, por óbvio, não apenas os principais instrumentos de normatização em uma perspectiva internacional – diga-se de passagem, relevantíssima à proposição escolhida – mas também à previsão constitucional da proteção a ser conferida à mulher, porquanto incontestemente vítima de discriminação (e conseqüentemente da violência) em razão do gênero.

Em seguida, dar-se-á exemplos de modificações legais paulatinamente implementadas, malgrado persistam as necessidades de (re)adequação formal no ordenamento jurídico brasileiro.

De toda sorte, há de se admitir que a realidade factual da aludida violência contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, foi, ainda que aos poucos, alterada. E assim há de sê-lo, pois todo texto de lei, antes de concebido, em verdade um dia correspondeu à mera realidade histórica, cujo anseio era tornar-se substância eficaz, isto é, revestir-se de norma.

Este “poder metamórfico” do Direito foi desde logo ressaltado, aliás, em obra clássica de Norberto Bobbio, por meio dos esperançosos dizeres:

“Mesmo hoje, quando o inteiro decurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países dos suplícios que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco, em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem”.¹

Dentre eles, acrescenta-se o de igualdade de tratamento e de oportunidades, dada a questão de gênero.

Em que pese o inarredável passado histórico de assimetria de poder entre homens e mulheres, não há impedimento plausível para que não se almeje (e assim se atinja) um status de igualdade concreta.

Da leitura de Alice Bianchini, em acorde sentido, infere-se que tal igualdade, a fim de se tornar realidade, exige que ambos os gêneros rompam com as heranças de costumes, “cuja atribuição de sentidos de vida não mais se coaduna com o presente”². Mas para tanto, além de uma profunda alteração no modo de pensar e de agir, que se valha a sociedade de novos aparatos jurídicos próprios, sensíveis às diferenças constatadas cotidianamente. Destarte, capaz de efetivamente neutralizá-las.

Certamente, em resposta a esta demanda tecida pelo contexto histórico e cultural, como já dito, em constante transformação, surgiu a Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, a qual restará igualmente explanada à parte – nos pontos mais relevantes à problemática do presente trabalho. No mais, dedica-se também um capítulo tão-somente às medidas protetivas de urgência.

E seguindo-se a linha cronológica de institucionalização dos direitos das mulheres, analisar-se-á o advento da Lei Federal nº 11.641, de 03 de abril de 2018. A *novatio*, ao inserir no âmbito de violência doméstica e familiar um tipo penal autônomo, referente ao descumprimento das medidas protetivas de urgência, cuja vítima seja

¹ A Era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 15ª tiragem, p. 54-5

² Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo. Saraiva 2016, p. 23

amparada pela Lei Maria da Penha, implica no natural surgimento de indagações: ora a respeito de natureza processual, ora no que tange à sua efetividade.

Em prol de tais apontamentos, imperioso o exame dos aspectos formais e materiais do novo delito, à luz dos princípios basilares do Direito Penal. Seguramente, apresenta-se este ramo jurídico, sem contrariar os postulados da mínima intervenção os quais inarredavelmente lhe norteiam, como o ora convocado à garantia de efetividade dos objetivos previstos à Lei Maria da Penha – embora não seja o responsável por fazê-lo *per si*, devendo aliar-se a políticas públicas convergentes.

Por fim, da análise da recente lei em apreço, serão apresentadas pontuais considerações, inerentes à prática criminal, debruçando-se ainda sobre os desafios de implementação então verificados, bem como o perigo da penalização simbólica de condutas pelo legislador pátrio, porquanto em resposta aos prementes anseios da sociedade contemporânea.

Todo o sistema institucional, com efeito, precisa estar apto não apenas à recepção, mas à implementação do quanto disposto pela novidade legislativa – condição está de “sobrevivência” da *novatio* –, buscando-se ainda suas respectivas adaptações à *práxis* cotidiana, gradualmente.

Trata-se a presente pesquisa, afinal, de singela contribuição acadêmica, inspirada parcialmente na experiência da aluna como estagiária do Grupo de Atuação Especial de enfrentamento à Violência Doméstica (GEVID), do Ministério Público do Estado de São Paulo.

2 BREVE APANHADO HISTÓRICO DAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS NO COMBATE ÀS VÁRIAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO DA MULHER

O estudo do árduo *iter* percorrido pelas mulheres, ao longo da história, na luta não apenas pelo reconhecimento da igualdade de gênero, mas pela efetiva proteção deste e demais direitos seus, é de primordial relevância à compreensão da dinâmica de suas conquistas (e também aspirações) na seara legislativa e, sobretudo, ao entendimento da Lei Federal nº 11.340/06, da maneira como está hoje se apresenta no ordenamento jurídico.

Com efeito, explanar a evolução da proteção conferida à mulher, sob uma perspectiva histórica, ainda que brevemente, mostra-se essencial para visualizar o processo de institucionalização de seus direitos e, após, iniciar a discussão quanto à proposição central do presente trabalho: a criminalização de condutas no âmbito de violência doméstica e familiar.

Destarte, neste capítulo, será abordada não apenas a inegável influência dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como também dos próprios ditames constitucionais os quais, concomitantemente à legislação ordinária, deram enfim ensejo à edição da Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, cuja mais notória denominação é ‘Lei Maria da Penha’.

2.1 NORMATIVA INTERNACIONAL PRETÉRITA À LEI MARIA DA PENHA: ‘DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES’

Nada obstante as ideias-valores de direitos humanos, estudados sob um viés histórico, nasçam com as pretensões de liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade das revoluções liberais, a princípio, sequer a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 mencionava as mulheres.

Inclusive, no supracitado ano, a feminista Olympe de Gouges escreveu a Declaração dos Direitos das Mulheres e da Cidadã, com o escopo de defender a (prometida) igualdade de direitos. O resultado de seus textos: a condenação à morte por guilhotina. De qualquer modo, seu legado haveria de ser memorado a partir do século XX, em retomada ao esforço para que o cenário sociopolítico integrasse à pauta a questão do gênero.

Pode-se aduzir que, em demonstrativo apoio à questão do gênero feminino, o direito norte-americano tenha sido o pioneiro na proibição de imposição de castigos corporais, pelo homem, à mulher (isto, em 1871). Porém, tal se deu pontualmente, em determinados Estados da Federação.

Ainda se assim não o fosse, a inevitável a ascensão dos movimentos feministas, ora pela reivindicação do direito ao voto (Representation of The People Act – 1918), ora pelo ingresso crescente da mulher no mercado de trabalho pós-guerra, certamente modificou a sua posição na sociedade.

Verifica-se que a publicação, neste íterim, de diversos Tratados e Convenções abordando temas específicos relacionados às mulheres, dentre os quais: Convenção Internacional para a Repressão ao Tráfico de Mulheres e de Crianças (Genebra, 1921); Convenção Interamericana sobre a Nacionalidade da Mulher (Organização dos Estados Americanos – OEA, Montevideú, 1933); Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher (Organização dos Estados Americanos – OEA, Bogotá, 1948); Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 89, sobre o trabalho noturno de mulheres (São Francisco, 1948); Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 100, sobre a igualdade de remuneração para mãos de obra masculina e feminina, por um trabalho de igual valor (Genebra, 1951); Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 103, sobre o amparo à maternidade (Genebra, 1952); Convenção Internacional sobre os Direitos Políticos da Mulher (Organização das Nações Unidas – ONU, Nova York, 1953); Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 111, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão (Genebra, 1968); Convenção Internacional sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (Organização das Nações Unidas – ONU, Nova York, 1969); Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 171, relativa ao trabalho noturno (Genebra, 1990); Declaração de Viena (1993); Declaração de Pequim, assinada na 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres – Ação para a igualdade, desenvolvimento e paz (Pequim, 1995); Protocolo Adicional à Convenção Internacional contra Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (Organização das Nações Unidas – ONU, Nova York, 2000).

Com efeito, o Brasil ratificou os principais tratados internacionais de proteção à mulher. E no tocante ao reconhecimento da igualdade de gênero, dois principais instrumentos merecem maior ênfase.

Primeiramente, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convention of Elimination of All forms of Discrimination Against Women – CEDAW), da Organização das Nações Unidas, de 1979, assinada pelo Brasil em 1981 e, três anos após, ratificada. Nela se preconizou a almejada igualdade de gênero, expressa em seu artigo 15, inciso I. Os Estados-Parte desde logo se comprometeram à adoção de medidas as quais suprimissem a discriminação – qualquer que fosse sua natureza: econômica, social, cultural, política ou civil. Ademais, buscou-se a efetivação de políticas e leis destinadas à eliminação de diferenciações injustificadas.

Não de somenos importância, houve a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher, também denominada Convenção de Belém do Pará, de 1994, ratificada pelo Brasil em 1995. Referido instrumento definiu a violência contra a mulher de forma mais abrangente: além do âmbito pessoal, incluiu-se o comunitário – cometida por qualquer indivíduo, na comunidade – e o público – cometida pelo Estado, ou pelos agentes que o representam. Também traz um rol de direitos a serem protegidos e impõe uma série de deveres aos Estados em seus artigos 7º e 8º.

Quanto aos documentos supracitados, aliás, ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua natureza de norma supralegal, ou seja, “abaixo” da Constituição Federal, e “acima” da legislação ordinária³.

2.2 ALICERCE CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURÍDICA À MULHER E DA PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Constituição Federal de 1988, produto de um processo de redemocratização, na esteira das convenções internacionais *supra*, ratificadas com o justo propósito de combater a discriminação contra a mulher e todas as formas de desigualdade de gênero, trouxe explicitamente a necessidade de efetivação de políticas públicas destinadas à erradicação da violência doméstica, destacando-a como dever do Estado:

“Art. 226. A família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³ STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.12.2008; e RE nº 349.703, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 03.12.2008

(...) §8º O Estado assegurará a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações”.

Tal incumbência, que abrange tanto a obrigatoriedade de punir como a de prevenir a violência doméstica e familiar, não poderia ser distinta, tendo em vista os próprios objetivos da República Federativa do Brasil, esculpidos no artigo 3º, incisos I a IV, da Carta Magna: a justiça social; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste sentido, Valéria Diez Scarance Fernandes pontua que “não há como se falar em justiça social sem erradicar a discriminação e a violência contra as mulheres e a família”⁴. E consequência direta de tal afirmação é a previsão de igualdade entre homens e mulheres, no artigo 5º, inciso I, também da Constituição Federal de 1988.

Uma vez positivada na norma jurídica interna, a igualdade de gênero ganhou (formal) proteção e, por conseguinte, força cogente. Contudo, há de se verificar que o texto constitucional, malgrado o tenha feito expressamente, não é hábil, isoladamente, à concretização de seus preceitos.

2.3 DIPLOMAS LEGAIS BRASILEIROS ANTERIORES À LEI FEDERAL Nº 11.340/06 E A ASCENSÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.

A desigualdade entre homens e mulheres é situação historicamente inconteste.

Isto posto, não se esmiuçar, nesta oportunidade acadêmica, cada um dos marcos de alteração legislativa que se tem notícia. De outro lado, de suma importância ressaltar ter sido a assertiva inaugural insuficiente, a princípio, à legitimação do tratamento normativo vigente.

Note-se, a título de exemplo, o Código Civil de 1916 – o qual, vale ressaltar, vigorou até 2002 –, que em seu artigo 219, inciso IV, previa a possibilidade de o marido anular o casamento, na hipótese de verificar ter sido a esposa deflorada anteriormente. *In verbis*:

⁴ Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo. Atlas 2015, p. 29

“Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.”

Não obstante, a inexistência de qualquer previsão análoga, caso o mesmo ocorresse com a mulher a qual constatasse que o marido, por seu turno, é quem mantivera relações sexuais anteriormente ao casamento.

Ainda mais, na hipótese de subsistência da sociedade conjugal, a debilidade do tratamento legal conferido à esposa não convalescia: a mulher casada era considerada relativamente incapaz para certos atos, nos termos do artigo 6º, inciso II, c.c. artigo 147, inciso I, do antigo diploma civil.

Embora o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, tenha alterado os dispositivos civis acima, certamente a mulher permanecia desprivilegiada, porquanto lhe reservado o papel de “colaboradora” do marido – este, sim, verdadeiro chefe da sociedade conjugal, nos termos dos artigos 233 e 240 do Código Civil.

À seara criminal, de outra banda, o vigente Código Penal de 1940 trazia a possibilidade de o autor do crime de estupro ver declarada extinta sua punibilidade, caso a vítima viesse a com ele contrair matrimônio, depois da consumação delitiva, nos termos do artigo 107, VII, do referido diploma. Consigne-se tal dispositivo foi enfim revogado pela Lei nº 11.106/05.

A norma penal previa, outrossim, até o advento da *novatio* mencionada, o dúbio conceito de “mulher honesta”, referindo-se àquela cuja conduta moral e sexual fosse considerada irrepreensível. Segundo Hungria, honesta seria a mulher “que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes”⁵. E tal característica era imprescindível ao merecimento à proteção legal, no caso de figurar como vítima em determinados crimes sexuais.

Ora, haja vista os ditames constitucionais, pautados na dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III –, no direito fundamental de igualdade – artigo 5º, inciso I – e na previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais – artigo 5º, inciso XLI –, não seria de se estranhar a expectativa de que com tais valores a legislação ordinária protetiva estivesse em sintonia, *ab initio*.

Até porque atrelada aos tratados e às convenções internacionais, nos quais restou compromissada a exigência de que os Estados adotem medidas especiais

⁵ Comentários ao Código Penal, v.8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.139

destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde houvesse real igualdade entre os gêneros. Nesta linha, também a concatenação dos preceitos ali ratificados com a Convenção de Belém do Pará – na qual a violência contra a mulher foi confirmada como uma ofensa aos direitos humanos e, em seu cerne, como consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos, devendo por tal razão ser suprimida.

Ainda se assim não o fosse, partindo de um ângulo constitucional explícito, conforme elucidado ao tópico antecedente, atribuiu-se ao próprio Estado o dever de criação e promoção de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar, no âmbito de suas relações (artigo 226, §8º, da Constituição Federal).

Certamente não se coadunava com a razoabilidade, tampouco com a proporcionalidade, o fato de a legislação brasileira, no que tangia à questão de gênero, apresentar longo histórico de discriminação negativa, através de sucessivos exemplos de textos legais os quais expressamente previam tratamento discriminatório à mulher. Frise-se: em total dissonância com outros documentos existentes, válidos e eficazes.

Por conseguinte, houve inovações legislativas as quais serviram de verdadeiras “ações afirmativas”, ou seja, instrumentos que buscavam permitir a efetivação dos princípios constitucionais já mencionados, quanto à igualdade de gênero. Isto é, por meio do justificado tratamento desigual, diante das distintas posições jurídicas auferidas, possibilitar-se-ia a realização prática da igualdade material entre homens e mulheres.

Serge Athabahian, justamente nesta linha, conceitua tais ações como “medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição, em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas”⁶.

Rogério Sanchez Cunha, em alinhado sentido, acrescentou que as medidas, compensatórias, temporárias e excepcionais, decerto aceleram o “processo de igualização de status entre homens e mulheres”⁷.

Sumamente, superados algumas concepções pela gradual modificação das estruturas de pensamento contemporâneo, a produção normativa enfim voltou-se,

⁶ Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas. São Paulo: RCS Editora, 2004, p. 18

⁷ Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 45

certeira, à necessidade de dar forma a novos dispositivos, os quais a doutrina majoritariamente assinala como sendo de “discriminação positiva” da mulher.

Relevante consignar, também, que a maior parte das inovações legislativas no Brasil decorreu da pressão de movimentos feministas. Notoriamente, o caso da Lei Federal nº 11.340/2006, objeto do próximo capítulo.

3 DA LEI FEDERAL Nº 11.340/06: LEI MARIA DA PENHA

Aportou no sistema jurídico brasileiro, aos 08 de agosto de 2006, a Lei Federal nº 11.340, apelidada Lei Maria da Penha, com o específico propósito de conferir real efetividade ao combate às variadas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A iniciativa legislativa restou justificada, em síntese, pelo flagrante desrespeito a seus direitos básicos, principalmente na esfera privada. Antes desta norma, havia a possibilidade de aplicação de diversos institutos despenalizadores; *exempli gratia*, a transação penal.

Feito o esforço, nos capítulos anteriores deste trabalho, de apresentação do panorama jurídico anterior à legislação em apreço, chega-se ao oportuno momento de estudar seus pormenores.

3.1 O CASO Nº 12.051

Maria da Penha Maia Fernandes, aos 20 de agosto de 1998, teve sua denúncia recebida, tão logo apresentada com auxílio do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa de Direitos da Mulher (CADEM), pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Os fatos narrados à inicial, em resumo, discorreram sobre as diversas formas de violência experimentadas pela petionária – todas praticadas pelo próprio marido – no interior de sua residência, em Fortaleza, no Estado do Ceará. No período de maio a junho de 1983, incontáveis foram agressões sofridas e, dentre elas, duas tentativas de homicídio culminaram em irreversível paraplegia.

O caso, de afronta – tanto pelo Judiciário, quanto pelo Estado brasileiro, como sujeito internacional – aos deveres assumidos nas Convenções e Tratados já firmados, bem como ao próprio texto constitucional, ao não tomar quaisquer medidas efetivas por mais de 15 (quinze) anos, no sentido de devidamente processar e punir o agressor, ensejou a elaboração do Relatório nº 54 de 2001.

A repercussão do caso, enumerado 12.051 na Comissão Interamericana, além de incentivo à maior abertura da celeuma sobre a deflagrada tolerância estatal diante de situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, é inconcusso marco na história nacional da luta pelos direitos humanos das mulheres. Sobretudo,

porque mais tarde, somada ao empenho tanto de movimentos feministas quanto de Comitês Internacionais e da academia, levaria à edição da Lei Federal nº 11.340 de 2006, cuja finalidade será analisada a seguir.

3.2. ESCOPO LEGAL

Ab initio, o texto da Lei Federal nº 11.340 de 2006, em seu artigo 1º, transparece seu objetivo de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Neste sentido, mostra-se coerente defender que a leitura do dispositivo, desde logo, indica o seu caráter profilático, e não repressivo.

Desta compreensão, aliás, é que se provoca a tendência da atual criminalização de condutas, em prol do enfoque assistencial, embora previsto na Lei Maria da Penha com preponderância. Aprofundamento este que será posteriormente resgatado para debate. Por ora, cumpre verificar o escopo da lei em comento.

Em que pese todo o instrumental jurídico criado, a sua essência refere-se às diretrizes, aos fundamentos e às estratégias a serem empreendidos, entre outros mecanismos de caráter protetivo-preventivo de violência de gênero. A expectativa meramente punitivista, com certeza, não corresponde à principal tônica de seus dispositivos.

Em outras palavras, malgrado admitidas todas as implicações de caráter criminal, as quais serão igualmente discutidas, a Lei Maria da Penha não possui natureza preponderantemente repressiva. Sua linha de condução foi político-criminal, pois baseada, substancialmente, em recomendações de caráter internacional (Tratados e Convenções, em consonância com o capítulo anterior do presente trabalho) e nos preceitos e finalidades constitucionais.

Em vista disto, constata-se que a norma em estudo se ocupa em estabelecer diversas medidas especiais para, a princípio, amenizar um potencial quadro de violência e, apenas quando necessário, combater um ciclo preexistente.

3.3 FORMAS DE VIOLÊNCIA ALÉM DA *VIS CORPORALIS*

A Lei Maria da Penha, ao dispor quanto às formas de violência passíveis de constatação no ambiente doméstico e familiar, em seu artigo 7º, o fez de forma a conferir mais abrangência. Isto porque, por comparação, os diplomas penais

ordinários tutelam hegemonicamente a integridade ou a saúde corporal, isto é, alcançam a violência física propriamente dita.

Seguramente, a *vis corporalis* (artigo 7º, I, da Lei Federal nº 11.340/06) não é o único modo de agressão perpetrado face à vítima a ser protegida pela norma em pauta.

Não obstante a prática da contravenção penal de vias de fato, ou do crime de lesão corporal, por exemplo, sejam comuns no âmbito da unidade doméstica, da família ou mesmo da relação íntima de afeto, cediço que na maioria dos casos estas são a última “etapa” do ciclo de violência, o qual se inicia com a dominação moral, psicológica e mesmo patrimonial, pelo agressor. Cabe destacar, por oportuno, que tal ciclo envolve três fases, as quais se repetem continuamente⁸:

“Fase 1 – Evolução da tensão: o agressor apresenta comportamento ameaçador e violento, com ofensas verbais e destruição dos objetos da casa; a vítima, por outro lado, apresenta postura passiva e paciente, sentindo-se responsável pelas explosões do companheiro.

Fase 2 – Incidente de Agressão: com a tensão exacerbada, o agressor apresenta comportamento descontrolado e as agressões contra a vítima são de grande intensidade, o que fragiliza a mulher ainda mais; ademais, a cada novo ciclo, mais violentas as agressões.

Fase 3 – Lua de mel: O agressor se sente arrependido e com medo de ser deixado pela vítima e, por isso, se mostra mais atencioso e carinhoso, com promessas de mudanças; a vítima, esperançosa, crê na evolução comportamental prometida até que, aos poucos, o casal retorna à fase de tensão no relacionamento”.

Feitas estas considerações, nota-se que restaram definidas expressamente, à lei em comento, outras hipóteses de violência, quais sejam: psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Quanto à primeira delas (artigo 7º, inciso II, da Lei 11.340/06), Rogério Cunha Sanchez chega a afirmar tratar-se de verdadeira *vis compulsiva*, porquanto a conduta do agente não se restringe à ameaça⁹.

Em verdade, as atitudes de rejeitar, humilhar, constranger, inferiorizar, intimidar, desvalorizar ou mesmo amedrontar a ofendida, adotando verdadeira postura de rebaixamento, senão de exacerbado controle, igualmente merecem tutela jurídica compatível, pouco importando o fato de não deixarem marcas aparentes.

⁸Extraído da Cartilha elaborada pelo Núcleo de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Ministério Público/SP.

⁹ Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada, artigo por artigo. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 82

Aliás, neste ponto, a COPEVID – Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público, recentemente sugeriu:

Enunciado nº 18 (004/2014): “Caso a violência praticada pelo suposto agressor gere danos à saúde psicológica da vítima, o Promotor de Justiça deverá requisitar a realização de perícia médica psiquiátrica para atestar as lesões à saúde, tais quais depressão, estresse pós-traumático, síndrome do pânico, transtorno obsessivo compulsivo, anorexia, dentre outros, para posterior oferecimento de denúncia por crime de lesão corporal, na modalidade lesão à saúde psicológica”.¹⁰

Por seu turno, a previsão da violência sexual (artigo 7º, III, da Lei Federal nº 11.340/06) envolve não apenas a prática de ato sexual indesejado, ou não consentido – cuja tipificação já encontra respaldo no Título VI da Parte Especial, do Código Penal. Visa evitar, também, a exploração da sexualidade feminina e a restrição de seus direitos reprodutivos.

Isto porque o agente, ao impedir a vítima de se valer de métodos contraceptivos, ou constrange-la à prática de aborto, incorre nesta segunda espécie de violência, embora sejam estes exemplos encontrados em dispositivos que não tratam especificamente do bem jurídico relativo à dignidade sexual.

Valendo-se da mesma premissa, verifica-se a ampliação da proteção conferida à mulher, diante da predição de uma terceira modalidade de violência passível de ser motivada pelo gênero: a patrimonial (artigo 7º, IV, da Lei Federal nº 11.340/06). Por consequência, a subtração, destruição ou ocultação de bens da vítima, quando em âmbito familiar, doméstico ou afetivo, de igual modo há de ser tutelado à lei em comento.

A principal dificuldade de responsabilização, no que tange aos delitos de cunho patrimonial, é o atual posicionamento jurisprudencial diante da possibilidade de aplicação das escusas absolutórias, o que indubitavelmente prejudica a utilidade do dispositivo na seara criminal. Destaca-se, neste particular, a existência de decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 2014, em Habeas Corpus de nº 41.918/RS, da 5ª Turma, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, entendendo pela não derrogação da referida imunidade entre cônjuges pela Lei Maria da Penha.

¹⁰ Aprovado na IV Reunião Ordinária do GNDH, 03/09/2014

Por fim, tem-se a violência moral, entendida como a conduta pela qual, verbalmente, ofende a honra da vítima, calcando-se para tanto da questão de gênero.

4 DA PREVISÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Possivelmente, um dos grandes diferenciais da Lei Maria da Penha é o caráter profilático de seus dispositivos que, conforme já pontuado, supera a natureza repressiva do diploma. De fato, a mulher em situação de vulnerabilidade deve receber guarida condizente com essa condição específica, porquanto no âmbito da família, no lar ou nas relações de afeto.

Neste sentido, haja vista a política criminal extrapenal adotada (voltada, verdadeiramente, no desenvolvimento da capacidade de enfrentamento da situação de violência pela própria ofendida e, também, na reeducação e reabilitação do ofensor) a lei em estudo trouxe aparatos peculiares: as medidas protetivas de urgência (MPUs), dispostas nos artigos 18 a 24 da Lei Federal nº 11.340/06.

A priori, elas objetivam proporcionar à vítima os meios adequados para se retirar de eventual situação de dependência, seja qual for sua natureza (afetiva, econômica ou social). No mais, prestam-se a conscientizar e desconstruir, de maneira gradativa, a relação de subordinação de gênero da qual a ofendida faz ou fez parte; além de evitar novos incidentes, independentemente da forma da violência experimentada. Ainda, voltam-se às MPUs ao próprio agressor, que restará igualmente orientado e cerceado.

A notória celeuma em relação à natureza jurídica das MPUs foi tanto doutrinária como jurisprudencial.

Inicial e erroneamente entendidas como instrumentos exclusivamente cautelares, incorriam em mera acessoriedade do processo principal, fosse cível ou criminal. O problema é que, enquanto meramente vinculadas, invariavelmente deste primeiro processo dependeriam.

Contudo, cediço que a Lei Federal nº 11.340/06 não condiciona a proteção da mulher ao processo em trâmite em solo judicial. O seu critério de interpretação é teleológico – leia-se: estabelecido pela vulnerabilidade da vítima a qual se visa salvaguardar. Desta feita, vislumbrando-as como medidas jurídicas inibitórias e autônomas, atualmente admite-se que, embora relacionadas à parte do conflito, têm cunho satisfativo. O entendimento ora exposto ratifica-se do próprio objetivo da Lei Maria da Penha, coadunado à normativa internacional, qual seja o efetivo amparo da mulher discriminada, dada a questão de gênero, no ambiente doméstico, familiar ou afetivo.

Nesta linha, a solução afinal adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.419.421-GO, reconheceu a hibridez da natureza das medidas protetivas. Isto porque, nada obstante sejam conferidas pelo juiz – mantendo-se sua eficácia enquanto subsistir a situação de risco à vítima –, são absolutamente independentes do processo e, principalmente, desafiam deslinde específico.

Superada tal discussão, relevante a análise das supracitadas medidas, com vistas ao prosseguimento da problemática proposta.

4.1 ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES GERAIS PROCEDIMENTAIS

Os artigos 18 a 21 da Lei Maria da Penha conferem às MPUs procedimento peculiar, articulado justamente com o viés preventivo nelas preponderante, com o propósito de evitar o iminente risco à integridade pessoal da vítima – e, eventualmente, de seus familiares. Ademais, justifica-se tal especialidade pelos princípios da devida diligência do Estado e, destarte, da ampla proteção da mulher.

Malgrado o rito específico não se encontre estabelecido no texto legal, havendo controvérsias também quanto à forma de seu processamento, há de se conferir maior credibilidade aos argumentos em prol da simplicidade procedimental. Ora, a tramitação célere seria a mais adequada em virtude do caráter impreterível da guarida visada.

Nesta linha, a lei confere à vítima legitimidade e capacidade postulatória para requerer as MPUs, independentemente da presença de advogado. Quanto ao tema, Didier Jr. ensina:

“Partindo desta constatação, o legislador federal trouxe interessante inovação no âmbito da tutela civil da proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar: a possibilidade de ela demandar as ‘medidas protetivas de urgência’ civis perante a própria autoridade policial competente para receber a *notitia criminis*”.¹¹

Há, por óbvio, a legitimação extraordinária do Ministério Público para postular a concessão das referidas medidas, bem como a previsão de que sejam concedidas *ex officio* pelo magistrado.

¹¹ Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). 2008. Disponível em: <<http://frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>

Mais ainda, haja vista o seu caráter provisório, permitiu o legislador que as MPUs sejam revistas ou cassadas a qualquer tempo, bem como substituídas por outras, caso necessário.

O encaminhamento das medidas exige, ademais, a formação de breve expediente, com registro e autuação próprios – em separado, portanto, dos autos do inquérito policial ou da ação penal. Este expediente deve conter as peças fundamentais para demonstrar o risco objetivo e em via de efetivação imediata, quais sejam: a qualificação da ofendida e do agressor, bem como de eventuais dependentes e, claro, a descrição sucinta dos fatos.

A lei em estudo inovou, outrossim, ao admitir a prisão preventiva, para garantia da execução das MPUs (caso presentes, concomitantemente, os pressupostos e fundamentos os quais justifiquem a cautela, nos termos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal). Importante frisar que a decretação da prisão, *in casu*, será revogável tão logo surja novo fato que não mais justifique sua manutenção.

Por fim, no que tange à comunicação dos atos processuais, buscou-se positivar entendimento irrefutável para muitos, mas que em pretérito decerto ocorria e colocava a mulher em situação de vulnerabilidade, possibilitando novas investidas do agressor: poupar que a vítima seja a responsável por entregar as notificações e intimações.

Logo, de maneira acertada, a lei impôs às instituições judiciais o dever de proceder aos atos destinados a dar seguimento ao procedimento, pois isso corresponde, inarredavelmente, a não colocar a mulher em nova situação de risco. E Incluindo-se, aliás, a possibilidade de requisição de auxílio de força policial para garantia de cumprimento das MPUs.

4.2 AS MEDIDAS PROTETIVAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR

O artigo 22 da Lei Maria da Penha prevê, mediante rol exemplificativo, as medidas jurídicas passíveis de ser estipuladas pessoalmente ao autor da violência. Pertinente observar que o magistrado poderá aplicá-las tanto isolada como conjuntamente às outras MPUs, decidindo-o de maneira casuística.

À frente, a possibilidade de “suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei Federal nº 10.826,

de 22 de dezembro de 2003”, prevista ao inciso I da lei em estudo, mostra-se ainda mais relevante quando pensada em um contexto de violência no qual a presença de uma arma poderia levar a um resultado mais gravoso.

Com efeito, não permitir – ainda que temporariamente – que o agressor tenha à sua disposição instrumento capaz de matar a vítima é de primordial sondagem, ora como forma de prudência, ora como garantia à incolumidade física da ofendida.

Por seu turno, a determinação de “afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida”, prevista no inciso II do mesmo diploma, revela que poderá a cautela até mesmo se estender a outros locais, tais como o ambiente de trabalho, ou mesmo espaços de lazer habitualmente ocupados pelas partes.

Referido dispositivo, em verdade, exorbita o escopo preponderantemente preventivo das MPUs e deve ser entendido como providência rigorosa, ao passo que envolve mais do que direitos patrimoniais, atingindo o cenário e a rotina do núcleo familiar ou afetivo. Neste ponto, há inclusive a previsão de designação de uma audiência de justificação, para que o juiz competente possa avaliar a real necessidade de exigir que o agressor se afaste destes espaços físicos.

Dentre as outras proibições passíveis de imposição judicial (inciso III do artigo 22), a de “aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas”, via de regra, atravança novos episódios de violência, pois a própria mulher poderá fiscalizar (e noticiar à autoridade policial, se o caso) seu cumprimento. Da mesma justificativa, decorrem as vedações de “contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas, por qualquer meio de comunicação” e de “frequentação de determinados lugares”, pelo agressor.

Especificamente, a MPU do inciso IV, quanto à “restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores”, tem como condição um parecer da equipe multidisciplinar, isto é, uma avaliação técnica para auferir o quão danosos são os efeitos da violência perpetrada à prole. Isto pois, havendo real necessidade de limitar o acesso do agressor à(s) criança(s) ou ao(s) adolescente(s), deverá o juiz providenciá-la antes mesmo da instrução processual. A medida tem maior aplicabilidade, principalmente, quando se cogita a prática de crimes considerados mais graves, como contra a dignidade sexual.

Já a “prestação de alimentos provisionais ou provisórios”, como objeto de decisão em sede de MPU, visa garantir a subsistência da vítima, na (comum) hipótese de dependência econômica. Uma vez deferida na persecução penal, em caráter

pressuroso, permite que a mulher se mantenha transitoriamente – até o período fixado pelo magistrado.

4.3 AS MEDIDAS PROTETIVAS CONFERIDAS À OFENDIDA

Imperioso ponderar, mais uma vez, que os dispositivos de proteção da Lei Federal nº 11.340/06 não se limitam ao catálogo de MPUs ali previsto.

A inclusão da vítima em programa assistencial (artigo 9º, §1º), o acesso prioritário à remoção da servidora pública (artigo 9º, §2º, inciso I), a manutenção do vínculo trabalhista por até 06 (seis) meses (artigo 9º, inciso II) e mesmo o acesso a serviços de contracepção de emergência, profilaxia de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs) e AIDS (artigo 9º, §3º), são exemplos de cautelas que igualmente objetivam o amparo da pessoa em condição especial de violência doméstica, familiar ou afetiva.

Sendo assim, sem prejuízo de quaisquer dos instrumentos acima, é que poderá o juiz determinar MPUs elencadas nos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha.

O primeiro aparato é mais afeito ao aspecto social e dispõe sobre: o encaminhamento da ofendida – e, quiçá, de seus dependentes – a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento (inciso I); a sua recondução ao domicílio, depois de afastado o agressor do local (inciso II); o seu afastamento do lar, no caso de esta assim optar (inciso III); e a separação de corpos (IV). Quanto à última medida, vale consignar que a ação principal deve ser ajuizada perante a Vara de Família, exaurindo-se no seu deferimento a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar.

O segundo, de outro lado, cuida de medidas jurídicas de cunho patrimonial, pois se destinam à preservação de bens e de negócios jurídicos, colocados em risco pela própria situação de perigo gerada pela violência. São elas: a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida (inciso I); a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, de venda e de locação de propriedade em comum (inciso II); a suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor (inciso III); e a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência (inciso IV). Frise-se que nenhuma das MPUs se propõe a solucionar os conflitos de

posse, propriedade, partilha, mas, na realidade, a certificar que o patrimônio seja conservado para futura e eventual dilação probatória com tal fim.

4.4 DADOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Desde que vigora a Lei Maria da Penha – a qual em 2018 completa 12 (doze) anos – a injusta tradição de violência doméstica contra a mulher é apresentada através de números, porquanto começou a ser de fato contabilizada. Conseqüentemente, relevante verificar abaixo os dados obtidos em pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no estudo intitulado “O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha 2018”.¹²

A quantidade de processos que tramitam no Judiciário, vinculados tão-somente à Lei Federal nº 11.340/06, chega a quase 01 (um) milhão. Por consequência, estarrecedora a abundância das medidas protetivas de urgência deferidas. No ano passado, a quantidade de MPUs concedidas para prevenir agressões a mulheres havia aumentado em 21% (vinte e um por cento), pois foram 236.641 (duzentos e trinta e seis mil, seiscentos e quarenta e uma) contra 194.000 (cento e noventa e quatro mil), de 2016.

Segundo a pesquisa em apreço, os Estados que registraram maior “crescimento”, em número de medidas determinadas, foram: Goiás, Paraná e Minas Gerais. Feita a comparação de forma proporcional (medidas expedidas em relação à população das unidades da Federação), o Distrito Federal liderou as estatísticas, com aproximadamente 7 (sete) medidas determinadas a cada 1.000 (um mil) habitantes mulheres. A média nacional é de cerca de 2 (duas) medidas. Também de acordo com os dados do CNJ, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu, apenas entre janeiro e junho de 2018, 44.378 (quarenta e quatro mil, trezentos e setenta e oito) medidas protetivas, em casos sujeitos à Lei Maria da Penha, em todo o Estado.

Inarredável a conclusão, da mera observância dos resultados indicados, que a despeito do princípio constitucional, refletido múltiplas vezes na legislação ordinária, quanto à imperiosidade de proteção aos direitos das mulheres, a conjectura atual de

¹² Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87047-justica-concede-236-mil-medidas-protetivas-em-2017>>

violência doméstica e familiar persiste endêmica – via de consequência, carente de adequações normativas.

5 DA LEI FEDERAL Nº 11.641/2018: A NOVEL QUE INCLUIU O ARTIGO 24-A NA LEI MARIA DA PENHA

Decorrência da premência de “ajustes legais” sucessivos, os quais convirjam com a demanda da sociedade contemporânea – como já assinalado, em incessante transfiguração –, é a natural alteração de dispositivos inseridos na Lei Federal nº 11.340/06.

Em verdade, até o advento do novo tipo penal em pauta, muito se polemizava acerca das implicações da eventual violação das medidas protetivas de urgência (MPUs) impostas em prol da vítima no âmbito da Lei Maria da Penha. Logo, dedicar-se-á à apresentação apartada do pretérito (e pertinente) debate nos Tribunais brasileiros até a ocasião da *novatio*.

Nada obstante, sabidamente resoluto a discussão acima, em função da mais recente modificação na legislação em apreço, por meio da inserção do artigo 24-A, pela Lei Federal nº 11.641 de 2018. *In verbis*:

“Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:
Pena – detenção, de 03 (três) meses a 02 (dois) anos.
§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.
§2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.
§3º O disposto neste artigo não exclui aplicação de outras sanções cabíveis.”

Neste diapasão, primordial o exame, sob os aspectos formal e material, da nova lei supra colecionada, para fins da ulterior (e principal) discussão do presente trabalho.

Cabível pontuar, no mais, que a inovação legal, inarredavelmente gravosa, aplica-se somente a partir do dia subsequente ao de sua publicação, qual seja 03 de abril de 2018. Isto é, a partir daí poderá incorrer o agente no novo crime. De outro lado, a decisão judicial que determina MPUs, por si só, poderá, sim, ser anterior à entrada em vigor da lei: a conduta de descumpri-las é que deve ser praticada durante a vigência.

5.1 A CELEUMA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR À LEI FEDERAL Nº 11.641/2018

Quando entrou em vigor, a Lei Federal nº 11.340/06 não previa, de modo explícito, as consequências criminais advindas de eventual descumprimento das medidas protetivas de urgência, uma vez deferidas judicialmente. Deste modo, o agente apenas pagaria multa ou, no mais, seria cautelarmente preso – se presentes os requisitos da lei processual penal.

Neste aspecto, de longa data o debate quanto à possibilidade de incorrer o agressor no crime de desobediência simples, do artigo 330 do Código Penal, ou mesmo no de desobediência de decisão judicial sobre perda ou suspensão de direitos, previsto ao artigo 359 do diploma penal. Tal assertiva se confirma pelos julgados:

“APELAÇÃO CRIME. DESOBEDIÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. DESOBEDIÊNCIA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. TIPICIDADE. Controvérsia jurisprudencial. Precedentes. A conduta prevista no artigo 330 do Código Penal pode ser tida como atípica quando para a ordem legal desobedecida há previsão de sanção extrapenal não cumulativa. Em se tratando de desobediência de medida protetiva de urgência, a lei processual penal prevê a possibilidade de prisão, o que não é espécie de sanção. A tendência atual de esvaziamento das hipóteses de segregação cautelar, mormente em se tratando de crimes de violência doméstica, tende a deixar o agente que desrespeita ordem legal de afastamento do lar sem punição, incentivando a continuidade de agressões, o que retira a coação da ordem emanada do Juiz e fomenta a prática do crime, ferindo a própria ratio da Lei Maria da Penha e da Constituição Federal. A conduta de desobedecer medida protetiva de urgência, portanto, é típica e deve ser reprimida pelo direito penal, inclusive como reforço sistemático às ações mandamentais de natureza cível. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Direito comparado. *Injunctions* e *contempt of court*. Distinção entre os crimes previstos nos artigos 330 e 359 do Código Penal, consoante as respectivas infrações aos incisos do artigo 22 da Lei Maria da Penha. Consideração pragmática relacionada ao exercício preventivo do poder de polícia, diante de flagrante de desobediência. 2. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. Prova carreada aos autos que confirma a materialidade delitiva e a autoria. Ademais, o réu ignorou proibição e alertas proferidos pela vítima, cuja palavra merece especial relevância, haja vista esse tipo de crime ocorrer, na sua maioria, sem a presença de testemunhas. Condenação impositiva. 3. DOSIMETRIA DA PENA. Condenado o réu a 15 (quinze) dias de detenção a serem cumpridos em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, com o valor unitário fixado em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente. A pena privativa de liberdade restou substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.” (Apelação Crime Nº 70053723656, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 27/06/2013) (g.n.).

“EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL. FORMA DE TOMADA DE DEPOIMENTOS. PERGUNTAS INICIAIS FORMULADAS PELO MAGISTRADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 212 DO CPP. ATUAÇÃO, EM

CONCRETO, SEM QUALQUER DESVIO NO TANGENTE À NEUTRALIDADE, QUE NEM MERECEU IMPUGNAÇÃO DURANTE A AUDIÊNCIA. DESOBEDIÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. A nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal não retirou do magistrado, ainda destinatário da prova, a possibilidade de dar início às indagações pertinentes às testemunhas, muito mais tendo visado se adaptar às novas técnicas de redução a termo dos depoimentos, que não consoam com a tradicional triangulação, pela qual a parte dirigia a pergunta ao juiz, que a retransmitia à testemunha. Inteligência do dispositivo de lei citado. Posição consolidada deste Grupo. Suposta inversão na ordem de formulação de perguntas, pois, não ocorrente. Hipótese, ainda, em que, mais caracterizando inviabilidade de invalidação da prova, a defesa nada arguiu, seja durante a audiência, seja nos memoriais, seja nas razões de recurso. Prova satisfatória no sentido do não-atendimento da ordem judicial de afastamento do lar conjugal e da proibição de aproximação da ex-companheira. Comportamento que, a despeito de viabilizar prisão preventiva, também caracteriza o crime de desobediência. Embargos desacolhidos por maioria”. (Embargos Infringentes Nº 7003922218, Segundo Grupo Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 10/09/2010). (g.n.)

“CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - TIPIFICAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA - LEI MARIA DA PENHA - CONSTITUCIONALIDADE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA PENA. O descumprimento de medida protetiva, a impor ao réu o afastamento do lar, rende ensejo à tipificação do delito de desobediência, não constituindo óbice à configuração do delito medidas punitivas já previstas na Lei Maria da Penha e no Código Penal.” (Apelação n. 1.0259.13.000540-0/001. TJ/MG, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, julgado em 03.04.2014). (g.n.)

Em sentido convergente, previa ainda o Enunciado nº 27 do FONAVID (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher):

“O descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 configura prática do crime de desobediência previsto no art. 330 do CP, a ser apurado independentemente da prisão preventiva decretada.”

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por seu turno, manifestava-se pela atipicidade da conduta, sob o argumento de que não haveria que se falar em “desobediência” quando o agente desatendesse a ordem e, concomitantemente, já existisse prévia lei estabelecendo sanção civil, administrativa ou criminal para tal descumprimento – como era o caso da Lei Maria da Penha. Senão vide:

“DIREITO PENAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. O descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP). De fato, o art. 330 do CP dispõe sobre o crime de desobediência, que consiste em “desobedecer a ordem legal de funcionário público”. Para esse crime, entende o STJ que as determinações cujo cumprimento seja assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330 do CP (HC 16.940-DF, Quinta Turma, DJ 18/11/2002). Nesse contexto, o art. 22, § 4º, da Lei 11.340/2006 diz que se aplica às medidas protetivas, no que couber, o

disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 do CPC, ou seja, no caso de descumprimento de medida protetiva, pode o juiz fixar providência com o objetivo de alcançar a tutela específica da obrigação, afastando-se o crime de desobediência. Vale ressaltar que, a exclusão do crime em questão ocorre tanto no caso de previsão legal de penalidade administrativa ou civil como no caso de penalidade de cunho processual penal. Assim, quando o descumprimento da medida protetiva der ensejo à prisão preventiva, nos termos do art. 313, III, do CPP, também não há falar em crime de desobediência”. (REsp 1.374.653-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/3/2014)

“DIREITO PENAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. O descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP). De fato, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que, para a configuração do crime de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de descumprimento (HC 115.504-SP, Sexta Turma, DJe 9/2/2009). Desse modo, está evidenciada a atipicidade da conduta, porque a legislação previu alternativas para que ocorra o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha, prevendo sanções de natureza civil, processual civil, administrativa e processual penal. Precedentes citados: REsp 1.374.653-MG, Sexta Turma, DJe 2/4/2014; e AgRg no Resp 1.445.446-MS, Quinta Turma, DJe 6/6/2014. (RHC 41.970-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7/8/2014)”. (g.n.)

No mais, o Tribunal já havia até mesmo sedimentado a Tese nº 9, transcrita, por oportuno:

“O descumprimento de medida protetiva de urgência não configura o crime de desobediência, em face da existência de outras sanções previstas no ordenamento jurídico para a hipótese”.¹³

À vista disto, prevalecia a posição jurisprudencial de que, ao descumprir qualquer MPU, o agente sequer praticava conduta merecedora de tutela penal. Inclusive, precedentes do Supremo Tribunal Federal os quais admitiam a atipicidade da desobediência à ordem de MPUs reforçavam, como justificativa para tanto, a falta de previsão expressa, na seara criminal.

A ausência de norma positivada a qual definisse, especificamente, as consequências do descumprimento das medidas da Lei Maria da Penha, havia acarretado, desta feita, prejuízo ao sistema de proteção. O posicionamento jurídico até então consolidado certamente era incompatível com o espírito da Lei Maria da Penha, cujo propósito é ampliar (e não restringir) as hipóteses protetivas.

¹³ STJ, Jurisprudência em Teses. Edição 41. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>

Sendo assim, tão logo se deu a publicação da nova lei em estudo, tipificando o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, referido entrave jurisprudencial foi enfim encerrado.

Aliás, o terceiro parágrafo do dispositivo em comento determina que o cabimento de “outras sanções” (como a execução de eventual multa imposta, ou mesmo a decretação de prisão preventiva) não prejudica a caracterização do tipo penal, porquanto autônomo – e objeto de estudo a seguir.

5.2 ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DO NOVO CRIME: PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA OFENSIVIDADE E DA LESIVIDADE JURÍDICA

À partida, infere-se que o novo tipo penal criado é compreendido como “especial” forma de desobediência, haja vista ser a decisão descumprida dotada de reserva de jurisdição: sequer o Ministério Público, tampouco o delegado de polícia, gozam da possibilidade de determinar MPUs, em que pese poder requerê-las e requisitá-las à autoridade judiciária, respectivamente.

Destarte, o artigo 24-A, da Lei Federal nº 11.340/06, possui destinatário certo: o sujeito ativo será o agente (pouco importa se homem ou mulher) o qual descumpra quaisquer das medidas protetivas de urgência judicialmente impostas – uma vez delas ciente. Neste ponto, admite-se ainda a figura do partícipe, quando comprovado que, malgrado não seja o autor da violência doméstica em si, tenha colaborado com o descumprimento. Isto, com a condição de que igualmente inteirado da proibição.

Por seu turno, o sujeito passivo, *in casu*, não será propriamente a mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Evidente que a ofendida, no âmbito do processo principal, será “indiretamente” abalada pelo descumprimento do ditame cautelar, pois absolutamente exposta e vulnerável diante da prática da conduta criminosa em análise. Contudo, o objeto jurídico tutelado corresponde à manutenção do respeito à decisão judicial – ou, genericamente, à própria Administração da Justiça.

Nesta esteira, será a vítima o Estado em si, haja vista ter sido o juiz que expediu a ordem das MPUs, conseqüentemente, o desobedecido (e assim ofendido, de modo “mediato”).

Vale destacar, também, que a infração penal se concretizará tanto pela via comissiva, quanto pela omissiva: ora ao afrontar proibição específica, atuando a

despeito de determinada restrição; ora ao não pôr em prática o imperativo judicial, o qual poderá, ou não, ter um prazo delimitado

A figura da tentativa é (ao menos, em tese) admitida.

De toda sorte, apenas será merecedor da punição o agente que atua dolosamente, ou seja: deve estar inteirado da existência da decisão judicial. Logo, não há crime se o agressor descumpra quaisquer das MPUs sem a devida intimação quanto ao *decisium*.

Sob outro giro, na hipótese de a vítima apresentar cópia da decisão concessiva de MPUs e o autor ser flagrado descumprindo-a, haverá presunção de ilegalidade, sendo adequada sua detenção e imediata apresentação ao juiz em audiência de custódia.

Neste particular, o sistema de Justiça terá melhores condições de avaliar se a ordem judicial estava ou não em vigor, bem como se o agressor tinha ou não sido previamente intimado, possibilitando, por consequência, avaliar qual medida de proteção é a mais adequada e se é o caso de responsabilização criminal pelo novo artigo 24-A, da Lei Maria da Penha.

Outrossim, insta salientar ser prescindível o emprego de violência ou de grave ameaça à configuração do delito em apreço, bastando que o agente descumpra a decisão da qual é ciente.

Ademais, notável que a pena cominada ao agente incurso neste delito, qual seja a de 03 (três) meses a 02 (dois) anos de detenção, é semelhante àquela prevista no artigo 359 do Código Penal, cabendo a ressalva de que a única – e acertada – diferença na sanção imposta entre as condutas aqui comparadas corresponde à impossibilidade de se cominar, alternativamente, a pecúnia, quando no âmbito da Lei Federal nº 11.340/06; a conferir:

“Art. 359. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:
Pena – detenção, de 03 (três) meses a 02 (dois) anos, ou multa.” (g.n.)

Neste aspecto, destaca-se a observância ao Princípio da Proporcionalidade, no caso da *novatio*, porque se nota simetria entre o desvalor da ação e do resultado da desobediência.

Supracitado princípio, indiscutivelmente norteador do Direito Penal, em síntese, exige que se faça um juízo de ponderação entre a gravidade do fato (qual

bem jurídico está sendo violado, ou posto em perigo) e as consequências da apenada (o bem de que pode o agente ser privado).

Assim sendo, o estabelecimento de cominações legais e suas respectivas sanções devem guardar relação valorativa com o fato cometido, considerado em seu significado global. Em outras palavras, mister que as penas sejam proporcionadas, abstratamente, à gravidade do crime – justamente o que se auffer na nova norma em estudo.

Destarte, o novo delito encontra-se também à luz do Princípio da Ofensividade, à medida que se entende não haver crime sem a constatação de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Ora, somente as infrações penais as quais importem a lesão, ou ao menos o evidente perigo de lesão, devem ser entendidas como plenamente configuradas. A subsunção “automática” normativa não prospera, pois necessárias análises casuísticas, quanto à efetiva ofensividade ao bem jurídico salvaguardado.

Conseqüentemente, o descumprimento insignificante, mediante a verificação de que o agente não tinha o *animus* de violar a ordem judicial emanada, não é apto à configuração do artigo 24-A da Lei Federal nº 11.340/06.

5.3 A QUESTÃO DA NÃO INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 9.099/95

A princípio, da constatação do *quantum* de pena objetivamente imposta pela inovação legal, cogitar-se-ia eventual aplicação da lei que rege o procedimento nos Juizados Especiais Criminais (Lei Federal nº 9.099 de 26 de setembro de 1995) e, conseqüentemente, de seus diversos institutos despenalizadores. Porém, imperioso refletir sobre a incompatibilidade dos “favores” desta norma à temática da violência doméstica e familiar contra a mulher, para então compreender a razão de sua não incidência.

Em virtude da reprimenda máxima não superior a 02 (dois) anos, além de o crime do artigo 24-A, da Lei Maria da Penha, não envolver, substancialmente, a prática de quaisquer das formas de violência esmiuçadas ao artigo 5º do mesmo diploma legal, eventual afastamento da Lei Federal nº 9.099/95, em tese, prontamente não se justificaria.

Contudo, tendo em conta a criação de referido delito com vistas à efetividade de proteção à mulher, incluindo-se neste ponto o real alcance das MPUs impostas em

juízo, anuir com esta posição seria o mesmo que conferir à *novatio legis* total despropósito. Neste sentido, Rogério Sanchez certamente aduz:

“Importaria em verdadeiro contrassenso que uma inovação que tenha vindo – se imagina – em proteção à vítima de violência doméstica, pudesse admitir a imposição de medidas despenalizadoras, reservadas a condutas menos graves, de menor potencial ofensivo”.¹⁴

Somado a isto, nos termos do artigo 4º, da Lei Maria da Penha, à sua interpretação se deve, inarredavelmente, considerar os fins a que se destina. Logo, merece o tipo penal ser interpretado tão-somente para ampliar a proteção da mulher vítima de violência doméstica ou familiar – e jamais o contrário.

Aliás, a jurisprudência brasileira vem se mostrando nitidamente refratária quanto à aplicação de institutos mais brandos, diante da matéria. É o que se afigura, por exemplo, da edição das recentes súmulas:

“Súmula nº 536 do Superior Tribunal de Justiça: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

“Súmula nº 588 do Superior Tribunal de Justiça: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher, com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico, impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”

“Súmula nº 589 do STJ: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.”

Outrossim, a proibição expressa contida no artigo 41 da Lei Federal nº 11.340/06, no que concerne incompatibilidade da Lei dos Juizados Especiais Criminais, em qualquer hipótese, aparenta não deixar margens à discussão. Seja dito de passagem: superada esta questão, haja vista o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a plena constitucionalidade do disposto no artigo 41 *supra*, quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, de 09 de fevereiro de 2012.

De resto, a intenção do legislador, ainda que implicitamente, para que não se considere o crime em estudo como sendo de menor potencial ofensivo, igualmente se revela ao possibilitar o arbitramento de fiança pela autoridade judicial. Isto, tão logo se dê a prisão em flagrante do agente o qual descumpra as MPUs, não sendo prevista,

¹⁴ Violência doméstica: Lei Maria da Penha; comentada artigo por artigo. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 223

assim, a lavratura de mero Termo Circunstanciado – particularidade esta dos delitos julgados nos Juizados Especiais Criminais.

5.4 A POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE FIANÇA PELO JUIZ

Sumamente, a fiança corresponde à caução, em dinheiro ou outros bens, prestada em favor do indiciado, para que este responda ao persecutório criminal em liberdade. Ademais, imprescindível o cumprimento de determinadas obrigações processuais previamente estabelecidas, sob pena de a fiança ser considerada “quebrada” e, por conseguinte, determinar-se a segregação cautelar novamente.

A regra geral do artigo 322 do Código de Processo Penal dispõe que a fiança poderá ser concedida tanto pela autoridade policial (em até 24 (vinte e quatro) horas depois do flagrante, conquanto seja a pena máxima cominada ao delito de até 04 (quatro) anos), como pela judicial, a qualquer momento e independentemente da reprimenda estabelecida ao crime. Diante de ambas alternativas, não importa se a infração penal é punida com detenção ou com reclusão.

Desta forma, a Lei Federal nº 11.641/18 expõe exceção à regra acima explanada, pois proíbe ao delegado de polícia o arbitramento de fiança para o crime 24-A da Lei Maria da Penha, a despeito da sanção máxima de 02 (dois) anos ora fixada. Ou seja, por expressa opção do legislador, somente se admitirá que o juiz conceda tal benesse ao preso em flagrante delito. Até porque, para apuração da infração, exige-se a instauração do competente inquérito policial.

De contrário, admitir-se-ia a hipótese de o delegado conceder o benefício e, após, entendendo o juiz pela prisão preventiva, urgiria a necessidade de que o agressor fosse (de novo) cautelarmente segregado – isto, se pudesse ser encontrado capturado. Ora, incorrer-se-ia no risco de deixar solto o agente e, por conseguinte, a vítima à disposição de novas investidas e à espera de um provimento judicial tardio, tornando assim sem qualquer efeito o artigo de lei o qual objetiva justamente garantir-lhe mais segurança.

Vale consignar, no mais, que a proibição em pauta certamente não é “criação” da *novatio* propriamente dita, mas mera facilitação ao intérprete, pois por ela novamente assinalada. Isto, pelo motivo de o artigo 324 do Código Processual Penal, em seu inciso IV, já vedar este favor legal “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”. Dentre eles, justamente, o fato de o

crime “envolver violência doméstica e familiar contra a mulher” (artigo 313, inciso III, do diploma processual penal).

Outrossim, salienta-se que a restrição quanto à fiança não se aplica aos demais crimes cometidos âmbito da Lei Maria da Penha, porquanto particularidade do tipo penal específico de descumprimento das MPUs deferidas em solo judicial.

6 DOS IMPACTOS JURÍDICOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA

Preliminarmente, de se destacar que a lei, quando editada, não é perfeita. E nem poderia sê-lo, apesar de todo o esforço para adequá-la à sua finalidade. Nesta perspectiva, a Lei Maria da Penha, embora considerada das mais “admiráveis”, no que tange à proteção garantida à mulher (quando comparada com a de outros países na América Latina), em vários aspectos é ainda questionada e, indubitavelmente, os operadores do Direito estão longe de beirar o pleno consenso.

Enquanto o próprio Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher recentemente a reconheceu como uma das três legislações mais avançadas no mundo (ao lado das leis vigentes na Espanha e na Mongólia), sabe-se que o Brasil ainda é o 5º (quinto) país com maiores índices de homicídio de mulheres – em um ranking de 83 (oitenta e três).¹⁵ Exposto o paradoxo, desempenha papel essencial, na tarefa de proteção às vítimas, a intervenção normativa.

Sobretudo em termos de prevenção geral, referida “interferência” implica na maior visibilidade da violência de gênero perante os órgãos do sistema de justiça especializado e, por consequência, na adoção de providências imediatas. Dentre elas, as então estudadas medidas protetivas de urgência, as quais merecem ter seu uso reforçado e ampliado.

Decerto, as MPUs têm se mostrado eficazes em termos de profilaxia especial, ao diminuir a probabilidade de reincidência do agressor destinatário da medida e, ainda, contribuir à interrupção do ciclo da violência. A tipificação penal de sua desobediência, nesta linha, aparenta positiva. *Exempli gratia*, a possibilidade de a autoridade policial prender em flagrante delito quando verificar o descumprimento à ordem judicial de concessão de alguma MPU, independentemente da prática de outras infrações.

Tendo em vista a quantidade estarrecedora de casos que, progressivamente, ficavam a mercê de interpretações dissonantes nos Tribunais, acerca das consequências jurídicas do descumprimento das medidas, imprescindível que a matéria fosse textualmente disciplinada. E, por ora, cabe discutir se a opção legislativa de criminalizar a conduta foi, de fato, adequada.

¹⁵ Disponível em:

>https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf<

6.1 A CONTROVERSA TENDÊNCIA À PENALIZAÇÃO DE CONDUTAS

Apesar de banalmente exposta como norma penal rigorosa e severa, cediço que a Lei Maria da Penha cumpre, principalmente, função preventiva positiva – sem ser preponderantemente punitiva, haja vista os diversos mecanismos de natureza extrapenal ali previstos. Valer-se da Lei Federal nº 11.340/06 como amostra de “exagero” do Direito Penal, desta feita, constitui-se manifesto engano. O seu texto, majoritariamente, dispõe sobre normas-mandados voltadas mais ao Poder Público do que ao próprio autor da violência.

Até a ocasião da Lei Federal nº 13.641/18, sequer uma nova conduta havia sido criminalizada, tendo apenas sido aumentada a pena máxima ao delito de lesão corporal preexistente; tornado menos brando o processamento das ações penais; afastado determinadas espécies de reprimendas flexíveis e, por fim, ampliado a possibilidade das prisões flagrancial e preventiva. Constata-se o quanto afirmado facilmente, da mera observância do número de dispositivos os quais tratam de matéria penal e processual penal, em face dos 46 (quarenta e seis) artigos que compõem a integralidade da Lei Maria da Penha.

Além do mais, ressalta-se que as medidas protetivas de urgência elencadas, de maneira isolada, tampouco constituem “sanção”, mas sim mecanismos os quais evitam, justamente, a penalização de condutas.

De toda sorte, a opção legislativa de criminalizar o descumprimento das MPUs encontra sintonia com um dos próprios objetivos traçados pelo diploma em estudo, nos termos de seu artigo 1º, qual seja “criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. A lógica do tratamento penal da matéria, neste sentido, decorre da necessidade de conter atitudes as quais insistentemente violam o seu sistema de proteção.

A propósito, defende Alice Bianchini que, à própria exposição de motivos da nova norma, encontra-se justificativa suficientemente plausível para a tipificação da conduta de descumprir MPUs judicialmente deferidas.¹⁶

¹⁶ Curso virtual: Estude Lei Maria da Penha: mais de 100 questões criminais controvertidas sobre a Lei Maria da Penha. Disponível em: ><http://www.estudeleimariadapenha.com.br><

Mais ainda, destaca-se a insegurança jurídica anteriormente gerada pelas reiteradas interpretações – por vezes contraditórias – entre Tribunais Estaduais, quanto à configuração ou não de crime, em caso de inobservância do quanto proferido pelo magistrado competente.

De outro lado, a sabida existência de casos nos quais a ciência do agressor quanto à ausência de efetiva sanção (na seara criminal), por si só, já corroborava ao patente desrespeito às decisões judicialmente impostas em seu desfavor.

Feitas estas ponderações, a limitação do descumprimento das MPUs a mero ilícito civil aparenta total irresponsabilidade e, principalmente, falta de compreensão do fenômeno social de discriminação e violência de gênero. A intervenção penal se presta, portanto, de instrumento apto a conferir visibilidade à questão e, por consequência, à real percepção quanto ao (possível) caráter repressivo de providências, *a priori*, não-penais.

O conhecimento público de que não apenas a prática da violência contra a mulher é crime, mas também o desrespeito a eventuais medidas de proteção em seu favor concedidas, inarredavelmente conduz à noção de que este comportamento é em mesmo nível censurável àquele. Tanto, a ponto de se levar também à factível privação de liberdade do agente.

Embora a judicialização dos casos que envolvem violência doméstica ou familiar, *per se*, já tenha impacto no comportamento do agressor (e, assim, na busca pelo respeito aos direitos previstos na Lei Maria da Penha), a criminalização em pauta certamente tem o condão de reafirmar a reprovabilidade das mais variadas formas de atitudes que a norma protetiva exaustivamente tenta coibir – justamente porque não mais podem ser consideradas aceitáveis.

Nesta linha, por se tratar de espécie de violência culturalmente construída, tão-somente as esferas de controle social informal (família, instituições de ensino, igreja, comunidade em geral) nem sempre mostram-se capazes de influenciar o comportamento dos agressores. Mas a almejada alteração em sua postura ocorre (no mínimo, de maneira mais célere) quando defronte a infrações ostensivas, penalmente previstas.

À contrapartida, imperiosa a final ressalva de que a criminalização de condutas, em si mesma, não basta à concretização das finalidades da Lei Federal nº 11.340/06. Por óbvio, vasto o caminho da solenidade do texto normativo à *praxis* cotidiana.

6.2 O RISCO DA CRIAÇÃO DE “LEIS SIMBÓLICAS” E O DESAFIO DE ADEQUAÇÃO SOCIAL DA NOVA LEI

Conforme já pontuado, o processo de reivindicações e de conseguinte visibilização das mulheres no espaço público foram protagonizados por movimentos sociais (feministas), os quais atualmente ainda contribuem na criação e ampliação de seus direitos. Dentre eles, o direito à igualdade – a qual, para ser alcançada, carece de mais do que a força normativa vigente a seu lado.

Sob esta perspectiva, tais movimentos têm assumido a primordial importância ao ensejo de mudanças. De um lado, as de caráter comportamental propriamente dito, no que se refere à desconstrução de estereótipos impostos às mulheres e, ao mesmo tempo, à reconstrução das relações domésticas e familiares com base em novos valores – tudo para evitar a “naturalização” da violência. Sob outro giro, a atuação destes movimentos em prol da positivação de novas normas protetivas às vítimas, visando a quebra da antiga dicotomia entre o público e o privado, diante das questões de gênero, implicando, assim, em patente inflação penal legislativa.

O Direito Penal, afinal, embora não seja nem única, tampouco primeira via para tais transformações, bem desempenha o papel de impor regras de condutas e, simultaneamente, sancionar sua inobservância, em razão de seu viés repressivo.

Dito isso, nada obstante a ideia de que a simbologia normativa aparenta depreciativa, nota-se que o caráter figurativo da norma penal, sobretudo na temática estudada, assume serventia de real modificação em hábitos sociais erroneamente “naturalizados”, mostrando-se verdadeiro instrumento dirigente.

Ressalta-se que a previsão da lei penal não objetiva, indispensavelmente, exclusivo castigo ao agressor. Mais do que isto, possibilita a abertura da discussão pública sobre quais valores de fato devem nortear as relações, o tratamento, as oportunidades e, por conseguinte, os direitos das mulheres.

A representatividade da ameaça de imposição de reprimenda, na esfera criminal (associada automaticamente à ideia da “prisão”, pela população em geral), autoriza ao operador do Direito mais do que a possibilidade de retribuição (e consequente imposição de punição, nos casos em que formal e materialmente se amoldar): a de orientação e encaminhamento à mudança do pensamento cultural.

A visão de que a penalização de condutas se presta à mera aplicação de punição aos agressores não é coerente aos propósitos da Lei Maria da Penha. Ela se presta, também (e por vezes, essencialmente), à alteração dos padrões culturais de opressão, indicando o modelo de sociedade aspirada: livre da violência de gênero.

7 CONCLUSÃO

Da abordagem histórica inicialmente empreendida, constata-se que a violência contra a mulher (sobretudo em âmbito familiar, doméstico e afetivo) foi ocultada por demasiado tempo. Substancialmente, porquanto apoiada em concepções discriminatórias, culturalmente construídas e discretamente naturalizadas, no cotidiano popular. Até o aparecimento de paulatinos esforços feministas para confrontá-la, em suas mais variadas facetas, foi considerada como problemática afeita, exclusivamente, à esfera particular.

Sem embargo ao fato de que o entendimento *supra* é ainda perceptível nos dias atuais, antes sequer se dispunha de aparatos legais protetivos os quais permitissem reais mudanças de pensamento. De toda sorte, houve o reconhecimento, a princípio em âmbito internacional e, progressivamente, na legislação pátria, da necessidade de tornar a questão de gênero mais visível e, por consequência, munir as mulheres de instrumentos jurídicos aptos a conferir-lhe a garantia e a proteção de seus direitos.

Indubitável, neste ponto, a imperiosidade de condizente resposta estatal à repressão de determinadas condutas socialmente enraizadas, mas inaceitáveis. E fundamental marco deste crescente e legítimo anseio, no País, revelou-se através da criação da Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/06).

Felizmente, mesmo após sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, há 12 (doze) anos, as pressões pela renovação legislativa subsistem. Dentre elas, a criminalização do descumprimento das medidas protetivas de urgência impostas judicialmente, a qual restou inserida na normativa em exame, por meio da recente Lei Federal nº 11.641/18, que lhe acrescentou o artigo 24-A.

A violência contra as mulheres, inobstante, é ainda banalizada: por meio da linguagem misógina, da objetificação do corpo, de meros exemplos de desigualdades rotineiras, no lar ou no ambiente laboral. Frisa-se, em qualquer hipótese, o dever do operador do Direito de suprir possíveis lacunas que deem brecha a estas práticas.

Nesta perspectiva, embora não tenha *novatio legis* pacificado o tema por completo, decerto auxilia na reafirmação da mensagem de que a violência de gênero é reprovável – inclusive, na esfera pública.

A intervenção penal, por derradeiro, continua tendo papel essencial na tarefa de se proteger as vítimas, fortalecendo os mecanismos já criados para tanto, malgrado não seja o punitivismo a essência da Lei Maria da Penha.

Acrescenta-se, neste particular, que a criação do novo delito tampouco compromete a constante obrigação de implementação de políticas públicas de monitoramento do cumprimento das MPUs, tampouco dos demais expedientes de salvaguarda conferidos às vítimas. Em outras palavras, cabe ao Estado atuar de maneira conjunta e eficaz na repressão a violação às normas protetivas, pois a mera criminalização de comportamentos, a exemplo do novo delito em estudo, com certeza não basta ao respeito das disposições constitucionais preexistentes.

Por fim, o enfrentamento da violência de gênero há de ser empenho, primordialmente, da coletividade, à medida que padrão geral de comportamento com causas evidentemente histórico-culturais – e não apenas a repetição de eventos isolados, a ser reiteradamente encaminhada à Justiça.

O desafio de manejo da *novel* incriminadora, portanto, refere-se à efetiva recusa social em aceder ao comodismo diante do tema: seja diante da seara legislativa ou da judicial; em todo caso, buscando-se a plena efetivação dos direitos das mulheres.

REFERÊNCIAS

- ATHABAHIAN, Serge. Princípio da Igualdade e ações afirmativas. São Paulo: RCS Editora, 2004;
- BENEVIDES, Marina Gruska. Os Direitos Humanos das Mulheres: Transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil. São Paulo. Ed. UECE 2016;
- BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo. Saraiva 2016.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018.
- DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). 2008. Disponível em: <<http://frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>>. Acesso em: 20/07/2018.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo. Atlas 2015;
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Lei da violência contra a mulher – Renúncia e representação da vítima. Disponível em: >http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060911143243449&mode=print< . Acesso em 12/07/2018.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: Lei n. 11.340/06. Análise crítica e sistêmica. São Paulo. Livraria do Advogado, 2012;
- PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. 11 anos da Lei Maria da Penha: conquistas e desafios. Disponível em: > <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263406,71043-11+anos+da+Lei+Maria+da+Penha+conquistas+e+desafios>>. Acesso em: 18/05/2018.
- SABADELL, Ana Lucia. A posição das mulheres no direito. In: _____. Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: Paternalismo Legal ou moralismo penal? Boletim do IBCCRIM, ano 14, n. 166, set. 2006.

Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado, 1988.

Lei nº 9.099 de 1995. Brasília: Senado, 1995.

Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340. Brasília: Senado, 2006.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 6 de novembro de 1962.

Relatório da Unifem, Progresso das mulheres no mundo – 200/8/2009. Disponível em: <<http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf>>. Acesso em 18/06/2018.

Conselho Nacional de Justiça, Agência CNJ de notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87047-justica-concede-236-mil-medidas-protetivas-em-2017>>. Acesso em: 23/08/2018.