

MONOGRAFÍAS

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



tirant
lo blanch

+Lectura
GRATIS
en la nube

RICARDO RODRÍGUEZ LUNA
IRIS ROCÍO SANTILLÁN RAMÍREZ
CRISTIANE BRANDÃO AUGUSTO
Coordinadores

VIOLENCIA FEMINICIDA Y FEMINICIDIOS EN MÉXICO Y BRASIL



**UNIVERSIDAD DE
GUANAJUATO**

Violencia feminicida y feminicidios en México y Brasil

RICARDO RODRÍGUEZ LUNA
IRIS ROCÍO SANTILLÁN RAMÍREZ
CRISTIANE BRANDÃO AUGUSTO

Coordinadores

tirant lo blanch

Ciudad de México, 2020

Índice

Introducción.....	11
Narrativas feminicidas y generocidas: romances y crónicas de tiranos y depredadores en Iberoamérica y el mundo	17
<i>Lilia Granillo Vázquez</i>	
Acesso à justiça e políticas públicas no Brasil: um olhar sobre o Judiciário e os Centros de Referência no Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.....	47
<i>Cristiane Brandão Augusto</i> <i>Maria Celeste Simões Marques</i>	
Processo penal e gênero: a devida diligência da Convenção de Belém do Pará e o protocolo de investigação de feminicídios no Distrito Federal do Brasil	69
<i>Ela Wiecko</i> <i>Carolina Costa Ferreira</i> <i>André Santos Guimarães</i>	
La alerta de violencia de género como respuesta del Estado mexicano frente al feminicidio y la violencia feminicida	99
<i>Iris Rocío Santillán Ramírez</i>	
“Como el mosquito en la piedra” Masculinidades en el combate a la violencia de género	123
<i>Marta W. Torres Falcón</i>	
El acoso sexual: una mirada actual desde las redes sociales en línea ..	149
<i>Diana M. Magaña Hernández</i>	
A Lei Maria da Penha em Discussão: prima ou <i>ultima ratio</i> ?	169
<i>Daniel Andrés Raizman</i> <i>Roberta Duboc Pedrinha</i>	
Criminologia Feminista <i>com</i> Criminologia Crítica: perspectivas teóricas e teses convergentes	189
<i>Mariana de Assis Brasil e Weigert</i> <i>Salo de Carvalho</i>	

A Lei Maria da Penha em Discussão: *prima* ou *ultima ratio*?

Daniel Andrés Raizman
Roberta Duboc Pedrinha

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

No Brasil constata-se na atualidade um cenário de casos de violência de gênero, no âmbito doméstico e familiar, que cada vez mais tem merecido a atenção de estudiosos sobre o tema. Todavia, preponderaram como resposta, as medidas de enfrentamento mais rígidas, com aposta no modelo punitivo, com aplicação da pena mais grave, como a privativa de liberdade. Nessa seara, tanto no âmbito legal, quanto no jurisprudencial, e em significativa quadra da doutrina, o modelo sancionador tem figurado como *prima ratio* em face dos conflitos nas hipóteses em que a mulher se situa como vítima da agressão ou ofensa; em detrimento de modelo conciliador.

Assim, foram vedadas as possibilidades de conciliação das partes em conflito, canceladas as perspectivas dialógicas para resolução dos problemas, cristalizou-se o afastamento das soluções descarcerizadas da Lei 9.099/1995, retirou-se da vítima mulher a possibilidade de renúncia ao exercício da ação penal, nos casos em que a lei a admitia, uma vez que agora, consoante jurisprudência do STF, que veremos a seguir, o exercício da ação penal passou a ser público e incondicionado, portanto, sob o crivo exclusivo do Ministério Público, independentemente da vontade da vítima.

Nesse cenário, ressalta-se a importância de se atentar para propostas que visem à promoção da igualdade de gênero. No campo nacional, a busca de consolidação desta no plano jurídico deu-se inicialmente com a Lei 3.688 de 1941, que considerava contravenção recusar emprego à mulher, em seguida à Lei 5.473 de 1968, que previa como crime a discriminação laborativa de gênero, depois, a Lei 9.029 de 1995, que proibia a esterilização, almejava evitar a discriminação de raça, cor, gênero ou estado civil. Mais recentemente, a vigente Constituição Republicana de 1988, compromete-se com

a igualdade como direito fundamental e cláusula pétrea, no artigo 5º, *caput*, e no artigo 3º, inciso IV (Morais, 2007). E, para além das políticas de igualdade, no que diz respeito à questão de gênero, deve-se primar ainda pelas políticas públicas circunscritas ao campo da prevenção e conciliação, no intuito de se eliminar a violência contra a mulher.

2. ORIGEM DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei conhecida como Maria da Penha, Lei nº 11.340 de 2006, foi criada sob a demanda de ações afirmativas para tratar da violência de gênero, e passou a ser assim conhecida em razão do caso criminal em que foi vítima M. P. M. F. e que culminou com a condenação do Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Foi em 29 de maio de 1983, no Estado do Ceará, na Cidade de Fortaleza, que a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi atingida por tiro de espingarda enquanto dormia. O autor do crime foi seu então marido, o economista M.A.H.V. Este tiro atingiu sua coluna e a deixou paraplégica. Pouco após retornar para sua residência, Maria da Penha sofreu nova agressão por parte do marido, agora enquanto se banhava, por meio de choque elétrico. M.A.V.H. foi pronunciado em 31 de outubro de 1986 e condenado em 4 de maio de 1991. Esse julgamento foi anulado a pedido da defesa, que alegou vício de quesitação, seguindo-se nova sessão de julgamento, em 15 de março de 1996, na qual o réu foi afinal condenado, por tentativa de homicídio, a pena de dez anos e seis meses de reclusão. Em setembro de 2002 o réu foi preso, cumpriu menos de um terço da pena em regime fechado e ingressou no regime aberto, retornando à liberdade no Estado do Rio Grande do Norte.

Em 20 de agosto de 1988, Maria da Penha e duas Organizações Internacionais de Defesa dos Direitos da Mulher apresentaram denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA com atribuição para analisar as petições denunciando violações aos direitos humanos. O Estado brasileiro foi condenado à revelia. Em seu relatório nº 54, publicado em 16 de abril de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que “a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima ob-

ter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso (pelo Brasil) de reagir adequadamente ante a violência doméstica”. Considerou-se, também, que houve violação de compromissos internacionais assumidos pelo País, para afinal recomendar:

[...] ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres.

O relatório foi entregue ao Estado brasileiro, em março de 2001, para o cumprimento das suas recomendações no prazo de um mês. Ante a omissão da resposta, foi tornado público. Em março de 2008 o Estado do Ceará atendeu a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e concordou com o pagamento, em prol de Maria da Penha, do valor de sessenta mil reais, a título de indenização (Cunha e Pinto, 2008: 21/26).

O caso foi amplamente noticiado pela mídia e o Congresso Nacional editou a Lei nº 11.340/2006, que trouxe novidades importantes ao ordenamento jurídico brasileiro notadamente nas áreas penal, processual e de família. No que interessa ao Direito Penal, destaca-se o afastamento das medidas descarcerizadoras da Lei 9.099/1995 e a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher como as modificações mais relevantes implementadas pela chamada Lei Maria da Penha.

3. NOÇÃO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A noção de violência de gênero foi trazida pela Lei Maria da Penha, e se dá sempre que a mulher estiver no pólo passivo, for vítima de violência, que abrange a forma doméstica e familiar, ambas previstas na supracitada lei. Vale sublinhar que o artigo 5º desta define a violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer “ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, no âmbito da

unidade doméstica (art. 5º, inciso I), da família (art. 5º, inciso II) e em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independente de coabitação (art. 5º, inciso III). O dispositivo contém um parágrafo único, prevendo que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Como se nota, a Lei é aplicável quando a mulher for vítima da violência doméstica e familiar. Logo, a princípio o agressor deverá ser do sexo masculino, sem o que não estaríamos diante de “uma ação ou omissão baseada no gênero”, como exige a norma acima referida¹. Todavia, o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher não se restringe às situações fáticas em que há relação entre o casal homem/mulher ou mulher/mulher, aplicando-se também em relação às mulheres esporadicamente agregadas à unidade doméstica, como empregadas; ou que são ou se consideram aparentadas, por laços naturais, por afinidade ou vontade expressa, no âmbito da família.

Já a extensão do conceito a qualquer relação íntima de afeto, nos termos do art. 5º, inciso III, da Lei Maria da Penha, determina a aplicação da Lei em casos em que a mulher não é da mesma família nem

¹ Segundo o *Dicionário de Direitos Humanos*, a palavra *gênero* “começa a ser utilizada nos anos 80 do século XX, pelas feministas americanas e inglesas, para explicar a desigualdade entre homens e mulheres concretizada em discriminação e opressão das mulheres. Nessa época, as investigações sobre a condição social das mulheres já apontavam uma forte desigualdade entre homens e mulheres, que tendia a aumentar conforme a classe social, raça, etnia e outras condições de vida. A desigualdade abarcava a esfera pública e privada. Na primeira, era visível nos salários menores do que o dos homens em serviços iguais e na pequena participação política. Na esfera privada, se evidenciava pela dupla moral sexual e na delegação de papéis domésticos. A desigualdade era e ainda é justificada, por setores conservadores religiosos, científicos e políticos, pela diferença biológica entre homens e mulheres. Muitos creem que as diferenças sociais são essenciais, naturais e inevitáveis. O sexo é uma categoria biológica insuficiente para explicar os papéis sociais atribuídos ao homem e à mulher. “Gênero” veio como uma categoria de análise das ciências sociais para questionar a suposta essencialidade da diferença dos sexos, a ideia de que mulheres são passivas, emocionais e frágeis; homens são ativos, racionais e fortes. Na perspectiva de gênero, essas características são produto de uma situação histórico-cultural e política; as diferenças são produto de uma construção social. Portanto, não existe naturalmente o gênero masculino e feminino” (Recuperado em 10 de agosto de 2017, de www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=G%C3%AAnero).

convive no mesmo domicílio do agressor, bastando que tenha existido um precedente relacionamento amoroso entre agressor e agredida.

No artigo 5º, parágrafo único, a Lei enuncia que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.” A doutrina e a jurisprudência tendem a admitir a aplicação da Lei Maria da Penha em casos de relações homoafetivas entre mulheres, mas não entre homens, já que, neste último caso, não haveria uma mulher agredida. Já no caso da pessoa agredida ser transexual, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina admitiu a aplicação da mesma:

Conflito negativo de competência. Violência doméstica e familiar. Homologação de auto de prisão em flagrante. Agressões praticadas contra pessoa civilmente identificada como sendo do sexo masculino. Vítima submetida à cirurgia de adequação de sexo por ser hermafrodita. Adoção do sexo feminino. Presença de órgãos reprodutores femininos que lhe conferem a condição de mulher. Retificação do registro civil já requerida judicialmente. Possibilidade de aplicação, no caso concreto, da Lei 11.340/2006. Competência do juízo suscitante. Conflito improcedente (TJSC, Terceira Câmara Criminal, CC 2009.006461-6, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, pub. em 14/08/09).

4. CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DISTINTO ENTRE HOMENS E MULHERES

A Lei Maria da Penha criou uma situação jurídica privilegiada da mulher em relação ao homem, havendo quem aponte a incompatibilidade da Lei neste ponto com a Constituição Federal, que prevê, em seu artigo 5º inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” A alegação de inconstitucionalidade criou três correntes jurisprudenciais.

A primeira defendeu não aplicar as medidas penais desfavoráveis ao réu, por se entender inconstitucional a discriminação entre homens e mulheres. Esta corrente irá admitir que o réu, por exemplo, faça a transação penal do art. 76 da Lei 9.099/1995, considerando inconstitucionais os artigos 17 e 41 da Lei Maria da Penha. Já a segunda, sugeriu aplicar a Lei Maria da Penha integralmente, entendendo-se que não há inconstitucionalidade na discriminação operada entre os sexos, em razão da histórica situação de inferioridade social e econô-

mica a que é submetida a mulher na sociedade brasileira. E, finalmente a terceira, optou por adotar uma solução intermediária, que admite a inconstitucionalidade relativa, sanada pela extensão da tutela prevista na Lei em tela aos casos em que homens se apresentem como sujeitos passivos de violência doméstica e familiar. Esta solução interpretativa é proposta pela jurisprudência do TJMG:

Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação (da Lei), para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que sejam plenamente lícitas suas disposições (TJMG, Apel. Crim. 10672.07.249317-0, Rel. Judimar Biber, j. 06/11/2007, DO 21/11/2008).

A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF, em 09/02/2012 (STF, Informativo nº 654). A Corte adotou a segunda corrente acima referida, o que já fizera antes ao apreciar o HC 106.212/MS, em 24/03/2011 (Pub. DJe de 13/06/2011 e RTJ219/521). É ilustrativo o seguinte trecho do voto do Ministro Ayres Brito neste último precedente judicial:

A Constituição é especialmente zelosa no trato jurídico da condição feminina, mas para conferir à mulher uma superioridade jurídica, como uma forma de compensação das desvantagens históricas experimentadas pela mulher como espécie do gênero humano.

5. O AFASTAMENTO DAS SOLUÇÕES DESCARCERIZADORAS DA LEI 9.099/1995

Cumpramos lembrar que a Lei 9.099/1995 adotou algumas soluções descarcerizantes, na esteira da política criminal do Direito Penal Mínimo. Vale conferir: a impossibilidade relativa da imposição de prisão em flagrante para os crimes considerados de menor potencial ofensivo (art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/1995); a possibilidade de com-

posição civil extintiva da punibilidade nos crimes de menor potencial ofensivo cuja ação penal seja privada ou condicionada à representação do ofendido (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/1995); a possibilidade de transação penal nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo (art. 76 da Lei 9.099/1995); a transformação da ação penal nos crimes de lesão corporal simples ou lesão corporal culposa de pública incondicionada para pública condicionada à representação do ofendido (art. 88 da Lei 9.099/1995); a possibilidade de suspensão condicional do processo para os crimes cuja pena mínima não for superior a um ano de privação de liberdade (art. 89 da Lei 9.099/1995).

Entretanto, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 41, na contramão dos movimentos descriminalizantes e descarcerizantes, optou por afastar a incidência de todas essas medidas favoráveis ao autor do fato ou acusado de crime, quando implique violência doméstica ou familiar contra a mulher. A respeito deste tema formaram-se duas correntes. A primeira corrente afirmou ser inconstitucional afastar a incidência de tais medidas e da própria competência dos JECRIMS, porque a Constituição Republicana impõe a igualdade de direitos entre os sexos (Art. 5º, I) e prevê a competência dos Juizados para as infrações consideradas pela Lei como de menor potencial ofensivo.

É ilustrativa neste sentido a posição de Rômulo de Andrade Moreira:

Se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitável não ser possível a exclusão desta competência em razão do sujeito passivo atingido (mulher) e pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar. [...] Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por Lei infraconstitucional (*Apud* Cunha e Pinto, 2008: 211/212).

Já sob o aspecto da violação ao princípio da isonomia penal, L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho também corrobora a tese da inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha:

Não se concebe que uma ameaça praticada por uma mulher em relação a um homem, em ambiente doméstico e familiar, permita a transação penal e a suspensão condicional do processo, e, na hipótese inversa, a inadmissão pela só circunstância da diferença de gênero. O mesmo sucede com outros

crimes: injúria, difamação, calúnia, lesão corporal leve (em que é cabível a suspensão condicional do processo) etc. [...] O princípio da isonomia res-taria, assim, seriamente ofendido e a inconstitucionalidade seria gritante (Grandinetti, 2006: 175).

De acordo com este posicionamento, os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995 são normalmente aplicáveis aos crimes que impliquem violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos regulamentados naquele diploma legal.

Já para a segunda corrente, não há que se falar em inconstitucionalidade, pois a Lei Maria da Penha contempla a diferenciação de gênero precisamente em razão da situação de inferioridade à que a mulher é socialmente submetida, além do que a Constituição remete à lei ordinária a atribuição para definir quais são os crimes considerados de menor potencial ofensivo (art. 98, I). Nada impediria que lei posterior (Lei Maria da Penha) revogasse a lei anterior (9.099/1995) para modificar o critério de menor potencial ofensivo. Este foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o já referido HC 106.212/MS, assim ementado:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AL-CANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher. (STF, HC 106.212/MS, pub. DJe 13/06/2011).

6. A NATUREZA CONDICIONADA OU NÃO DA AÇÃO PENAL POR CRIME DE LESÃO CORPORAL SIMPLES PRATICADO CONTRA A MULHER EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR

Uma questão que também se discute e que possui muita importância prática é se o artigo 41 da Lei Maria da Penha tornou incondicionada

a ação penal por crime de lesão corporal simples, praticado contra a mulher em situação de violência doméstica ou familiar, já que impõe a aplicação condicionada ou não a persecução penal, com todos os rigores previstos na Lei Maria da Penha, à vontade da mulher ofendida. Para elucidar tal celeuma, posicionaram-se duas correntes.

Para a primeira corrente, a ação penal nos crimes de lesão corporal simples continua a ser condicionada à representação da ofendida, já que a própria Lei Maria da Penha prevê o instituto da renúncia - na verdade retratação - da representação em seu artigo 16, somente re- prevê, em seu artigo 4º, que a interpretação deve levar em consideração a situação peculiar da mulher ofendida, que terá muito mais interesse em que se respeite sua vontade, como é lógico. Trata-se de decidir quem será o titular do conflito: a vítima ou o Estado. Na verdade o poder punitivo estatal é historicamente alicerçado na expropriação dos direitos da vítima, como ensina Michel Foucault (1999).

Maria Lúcia Karam, com a lucidez que lhe é peculiar, faz a crítica à expropriação do conflito, posicionando-se a favor do entendimento que mantém a ação pública condicionada à representação da mulher:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade, de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizandoo-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar — e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um “agressor” — ou que, pelo menos, não deseja que seja punido (*Apud* Cunha e Pinto 2008: 202/203).

A segunda corrente sustenta posição oposta, informa que a ação deverá ser considerada pública incondicionada, pois o dispositivo legal que exige a representação do ofendido no crime de lesão corporal simples é previsto na Lei 9.099/1995 (art. 88), explicitamente inaplicável aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, pelo art. 41 da Lei Maria da Penha. E também não haveria nenhuma inconstitucionalidade no tratamento desigual dado pela Lei ao indivíduo de cada sexo, inscrito como ação afirmativa de conteúdo positivo. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, ao

julgar a ADI nº 4424/DF, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, alterou a orientação dominante até então, no sentido de exigir a apresentação da ofendida para a propositura da ação penal por lesão corporal simples nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher:

[...] Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessumiu-se que deixar a mulher —autora da representação— decidir sobre o início da persecução penal significaria desprezar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão (STF, Informativo nº 654).

Refletindo a controvérsia em torno da discussão, o Ministro Cezar Peluso prolatou voto vencido, por entender que a ação penal nestes casos deveria ser condicionada:

Vencido o Min. Cezar Peluso, Presidente. Aduzia que o legislador não poderia ter sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Afirmava que eventual existência de vício de vontade da mulher ofendida, ao proceder à retratação, não poderia ser tida como regra. Alertava para a possibilidade de intimidação da mulher em levar a notícia-crime, por saber que não poderia influir no andamento da ação penal, assim como para a excepcionalidade de os crimes serem noticiados por terceiros. Assinalava que a mera incondicionalidade da ação penal não constituiria impedimento à violência familiar, entretanto acirrar a possibilidade dessa violência, por meio de atitudes de represália contra a mulher. Asseverava, por fim, que a decisão do Tribunal estaria concentrada na situação da mulher — merecedora de proteção por parte do ordenamento jurídico —, mas se deveria compatibilizar esse valor com a manutenção da situação familiar, a envolver outros entes (STF, Informativo nº 654).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça inicialmente adotava o entendimento em favor da ação incondicionada (HC 106.805/MS e RESP 10.050.276/DF.), passou a adotar a tese da ação condicionada (HC 113.608/MG, Rel. p. acórdão Des. Convocado do TJ/SP Celso

Limongi, j. 05/03/2009), mas terminou por se perfilhar ao STF, como vemos na seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.424/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, modificou entendimento majoritário do STJ, reconhecendo a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. Na hipótese, condenado o paciente nas sanções do art. 129, § 9º, do Código Penal, defendia-se que a representação da ofendida é condição de procedibilidade para a ação penal. Diante do acolhimento da orientação da Suprema Corte, o pedido não prospera. 3. Ordem denegada (STJ, Sexta Turma, HC 222528/SE, Rel. Min. Og Fernandes, unanimidade de votos, j. 22/03/2012, pub. DJe 11/04/2012.).

7. OS MODELOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como é sabido, em todo grupo social existem conflitos, isto é encontros, choques ou desacordos intencionais entre dois grupos ou entes da mesma espécie que manifestam, uns com relação aos outros uma intenção hostil, em geral a propósito de um direito, e estes por manter, afirmar ou restabelecer o direito intentam quebrar a resistência do outro, eventualmente recorrendo à violência (Freund, 1983: 65), dos quais cada grupo social estabelece a forma de responder ante essas situações. As respostas que são oferecidas para cada conflito, podem ser reconduzidas a modelos, que dependendo da matéria conflitante podem ser formalizados ou não mediante mecanismos de controle social (Pavarini, 1983; Baratta, 1986; Bergalli, 1996; Melossi, 1993; Garland, 2001).

Cabe observar que socialmente existem conflitos cuja resposta se encontra formalizada por regras sociais de comportamento não jurídicas. Em outras situações, quando os conflitos são previstos em normas jurídicas, a resposta encontra-se estabelecida em módulos de comportamento que de forma geral e abstrata prevêm a situação de fato e sua particular resposta ou consequência.

A resposta jurídica não pode ser muito diversa da prevista e aceita socialmente, pois nesse caso, a regra não é seguida e, conseqüente-

mente o conflito fica sem a resposta formalizada, ou bem, se impõe pela força, ou ainda, a resposta socialmente estabelecida se imprime com tal força que faz sucumbir à norma jurídica. Isso significa que cada conflito social, tem uma solução natural que deve ser seguida pela norma jurídica e, quando isso não acontece, ou a norma jurídica não é aplicada ou se aplica pela força. Assim, se estabelece um controle social que procura assegurar o cumprimento das expectativas de conduta e dos interesses previstos nas normas, seja mediante o consenso ou mediante a imposição de sanções. Dessa forma, são colocados os limites na liberdade humana.

Em qualquer caso, a resposta, seja formalizada ou não, deve ajustar-se a um dos modelos decisórios possíveis, a saber: conciliador, reparador, terapêutico ou punitivo (Horwitz, 1990: 9; Zaffaroni, Alagia e Slokar, 2000: 35). A escolha em favor de um ou outro modelo, bem como sua formalização ou não, dependerá de uma decisão, que opera, em primeiro lugar, no plano hipotético, pois, na situação factual, a resposta dependerá de uma outra solução, que opera no caso concreto, quando é reconhecido o conflito como tal e se escolhe dentre as respostas possíveis a prevista ou adequada.

O sucesso na escolha do modelo proposto, bem como a sua formalização dependerá da receptividade resultante da adequação do fato concreto ao modelo previsto. Quando a receptividade é negativa o seu reconhecimento e aplicação, dependerá do uso da força. Cabe observar que em muitos casos são os próprios atores os que definem o modelo a seguir e a forma em que socialmente está previsto; sem embargo existem casos em que o modelo é escolhido pelos agentes encarregados de formalizar os conflitos, com independência da vontade dos autores (Polícia) (Machado, 2004: 20).

Ante um conflito, os modelos de respostas possíveis podem gerar sua solução, o que ocorre quando entre as partes os interesses deixam de estar em tensão ou contradição. Nesses casos, o conflito é dissolvido e deixa de existir como tal. Os modelos conciliador e reparador são idôneos para a solução de conflitos, pois o primeiro exige o consenso das partes envolvidas para a satisfação dos interesses em jogo e o segundo a volta à situação prévia ao conflito, isto é, quando ainda não se configurava.

Em outros onde a solução não é possível a resposta pode implicar a suspensão do conflito ou sua supressão (Zaffaroni, Alagia e Slokar, 2000: 35). A suspensão acontece quando os conflitos são inconciliáveis, seja pela falta de capacidade de diálogo ou pela impossibilidade de reparação. Em geral, ocorre quando a situação factual impossibilita sua solução, seja porque é materialmente inviável ou porque os sujeitos não têm a capacidade para se conciliar. Nesses casos, o conflito se projeta no tempo, na expectativa de que a situação factual mude ou que os agentes mudem a partir do desenvolvimento das capacidades necessárias para a solução do conflito.

No modelo terapêutico, bem como no corretivo, aguarda-se que os agentes, ou uma parte deles, consigam desenvolver as capacidades necessárias para conciliar os interesses em conflito. No modelo punitivo, a resposta pode buscar, também, o desenvolvimento dessas capacidades ou simplesmente a supressão de um dos interesses em conflito, mediante o emprego de violência. A resposta punitiva se apresenta como possível, pois as partes se encontram distantes para chegar a uma solução do conflito (Horwitz, 1990: 30). A aversão diante do passado, que foi de determinada forma e não de outra, marca o espaço de separação entre as partes, que é preenchido com o emprego da violência, que se dispara para o futuro na expectativa de mudar a representação que se tem do conflito (Messuti, 1998: 117). Os modelos decisórios, quando suspendem o conflito, aguardam que as partes mudem sua percepção, operando no próprio ser da pessoa, para que no futuro não o percebam assim. A mudança na percepção dependerá da gravidade do conflito, do qual também dependerá o tempo que deverá ficar suspenso.

Na medida em que na solução de um conflito os interesses envolvidos são satisfeitos, parece plausível sua busca. Logo, é questionável a suspensão do conflito mediante respostas punitivas, quando a solução é possível, pois dessa forma se nega a satisfação dos interesses das partes envolvidas, mas também é questionável quando não sendo possível a solução, sua escolha por não ter efeitos positivos só encontra justificativa na simples satisfação de interesses vindicativos.

8. O MODELO PUNITIVO E A LEI MARIA DA PENHA

No caso da lei Maria da Penha, o Estado tem optado por intervir nos conflitos mediante o modelo punitivo, na forma mais radical possível. Com efeito, frente ao conhecimento de uma situação conflitiva são instaurados dois procedimentos: um para o exercício da ação penal e outro para tramitação da adoção de medidas protetivas de urgência. Cada procedimento se desdobra de modo independente.

No procedimento em que se ordenam medidas protetivas de urgência, podem implicar, restrição de contato das partes, bem como a expulsão do suposto agressor do domicílio familiar, ou ainda a sua prisão preventiva. Isso é feito, na prática, mediante requerimento da suposta vítima e da autoridade policial ante o juízo, que resolve de forma sumária, sem dar oportunidade ao contraditório. Não se desconhece a previsão legal de audiência para avaliar a adoção da medida, que deveria dar espaço ao contraditório. Porém, esta ocorre depois da decisão que ordena a medida protetiva, em regra para efeito do conhecimento do cumprimento da mesma ou reavaliação da pertinência das medidas adotadas, podendo ser reduzidas ou agravadas. Em tal sentido, deve-se ter presente o avanço punitivista que estabeleceu como crime a desobediência de medida protetiva de urgência².

Cabe observar também, que nas audiências não há possibilidade de desenvolver atividades probatórias, pois isso deve ser feito no processo em que se desenvolverá a ação penal. Assim, como foi dito, nessas audiências, diante da limitação das atividades probatórias, são reduzidas as possibilidades de exercício do contraditório como expressão do direito de defesa.

De outra parte, a ação penal é direcionada à aplicação de pena privativa de liberdade, que em último caso, pode ter em suspenso a sua execução. Em tal sentido, o Supremo Tribunal Federal, tem,

² Vide, artigo 24-A da lei 11.340/06, introduzido pela lei n. 13.641/18 em 4/4/2018. Não é demais esclarecer que até a criação desse crime, a jurisprudência dos tribunais superiores (STJ) entendia que o descumprimento da medida não configura o crime de desobediência (art. 330 do CP) em razão de haver sanção no Código de Processo Penal, mediante a substituição da medida protetiva decretada por outra mais gravosa ou, ainda, pela possibilidade de decretação da prisão preventiva do agente.

limitado a este tipo de casos a adoção de institutos despenalizadores, que respondem a um modelo conciliador. Com efeito, de uma parte, como já visto neste trabalho, tem decidido que a ação penal é de iniciativa pública incondicionada, e que, conseqüentemente a vítima não poderia renunciar ao exercício da ação penal; de outra parte, tem-se afirmado o critério de que não é possível a conciliação penal, isto é o acordo entre as partes com efeito extintivo da ação penal; nem cabe a transação penal, que corresponde ao acordo entre o suposto autor do fato e o representante do Ministério Público, também com efeito extintivo da ação penal; nem ainda, suspende condicionalmente o processo, na expectativa de que cumpridas as condições seja possível extinguir o processo penal (conf. STF, ADC 19, de 09/02/2012).

Assim, ante a instauração de um processo no caso de violência de gênero, só é possível decidir a absolvição ou a imposição de uma pena privativa de liberdade, ainda que poderá ficar suspensa a sua execução, terá como efeito secundário, colocar o nome do condenado no rol de culpados, como o conseqüente efeito estigmatizador e o eventual reconhecimento de reincidência que em um segundo fato, garantiria a imposição efetiva de uma pena privativa de liberdade.

Por outra parte, cabe esclarecer que, segundo o Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência “está consolidada no sentido de não admitir a aplicação dos princípios da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes e contravenções praticados com violência ou grave ameaça contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta, não implicando a reconciliação do casal atipicidade material da conduta ou desnecessidade de pena”³.

No plano operacional, o sistema penal funciona seletivamente, segundo a decodificação que faz dos agentes envolvidos, e assim, reconhecendo os seus direitos e dignidade. Parece oportuno lembrar que o sistema penal se desenvolve segundo a decodificação que faz dos indivíduos envolvidos, isto é, reconhecendo-os como pessoas, com sua conseqüente dignidade, que lhes atribui a qualidade de cidadão com diversos graus de

³ STJ, HC 333.195/MS, DJe 26/04/2016. Súmula 589 do STJ: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Em sentido similar, no âmbito do STF, RHC 133.043/MT, DJe 20/05/2016.

realização, ou como elementos carentes dessas qualidades que os tornam até prescindíveis ou matáveis; característica última que não os torna necessariamente inimigos, senão passíveis de serem eliminados, mesmo não tendo realizado uma conduta ilícita. Evidentemente, essa decodificação carece de qualquer virtude moral ou ética, e isso não deve surpreender porque, o estado, quando se pauta por razões de estado, procura a segurança das suas instituições, que, como já dito, encontra-se acima de qualquer valor. Assim, para as pessoas que são vistas com maior dignidade são reconhecidos maiores direitos e consequentemente o estado maximiza sua dimensão preventiva, permitindo o exercício desses maiores direitos, reduzindo contra esta a sua função executiva. Com relação às pessoas vistas com menor dignidade, são reconhecidos menores direitos, de forma tal que sua dimensão preventiva é reduzida ao tempo em que é ampliada a sua fase executória (Raizman, 2016: 20-30.)

A seletividade, então, opera considerado a mulher como vítima dos conflitos familiares em função de como é considerado o autor. Embora a situação tenha melhorado muito com a criação de juizados especiais, ainda resta muito a fazer para o reconhecimento pleno e incondicional da mulher e sua dignidade... sua condição de existência, não deve depender das qualidades do autor.

Em tal sentido, deve-se lembrar que o artigo 8º. da Convenção de Belém do Pará tem estabelecido que os Estados convêm adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

a) promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos; b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher; [...] e) promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência; [...] g) incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas, de divulgação que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito à dignidade da mulher...

Ou seja, todas medidas que, longe de propor um modelo punitivo, procuram atuar nos diversos mecanismos de controle social para reconhecer a mulher e a sua dignidade. Se o Estado investisse deveras como resposta punitiva seria a *ultima ratio*, porém, no estágio atual, tudo parece indicar que é exatamente o contrário, isto é a *prima ratio da intervenção penal*. Assim se coloca o embate entre o Direito Penal Mínimo, o Minimalismo e o Feminismo, que merece uma cuidadosa reflexão (Baratta e Streck, 1999).

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contemporaneamente, frente ao grave quadro de violência de gênero que se apresenta no Brasil, as principais respostas que ecoam se inscrevem na afirmação de um modelo sancionador para a resolução de conflitos em âmbito doméstico e familiar. Nesse diapasão, a Lei Maria da Penha tem proposto como forma de reconhecer e proteger a mulher vítima de violência a opção em favor do modelo decisório de conflitos de viés punitivo, segundo o qual se dirige ao autor com uma pena privativa de liberdade como consequência jurídica.

A operatividade deste modelo tem cancelado as hipóteses legislativas que possibilitam a conciliação das partes, retirando da mulher vítima a possibilidade de interferir no exercício da ação penal, mediante a renúncia ao exercício da ação, quando a lei o admitia, pois segundo a jurisprudência do STF, em caso de violência doméstica que se exerça contra a mulher o exercício da ação penal é público e incondicionado. Logo, tanto o texto legal, quanto a jurisprudência, ambos têm circunscrito a opção punitiva como *prima ratio* ante os conflitos domésticos ou familiares nos quais figura a mulher como vítima.

Neste contexto, resulta evidente que tal modelo não tem alcançado o resultado almejado, qual seja, a efetiva redução da violência de gênero. Destaca-se como imprescindível promover o conhecimento e a observância dos direitos da mulher, bem como formas preventivas à violência de gênero no campo das políticas públicas.

Nesse diapasão, vide a Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, com realização em Viena, em 1993, que ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir

e Erradicar a Violência contra a Mulher. Vide ainda a Convenção de Belém do Pará, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1994, as Conferências Mundiais sobre a Mulher, particularmente, o Programa de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizado em Pequim, em 1995 e a própria Lei Maria da Penha (Almeida e Perrone-Moisés, 2007).

Por derradeiro, cumpre sublinhar que erigir uma sociedade verdadeiramente plural e igualitária, visando à erradicação da violência de gênero, que atinge níveis elevados, em cenário preocupante no país, significa apostar no amplo desenvolvimento de políticas públicas de promoção da prevenção e da igualdade, em múltiplas escalas. Pois, estas políticas públicas serão capazes de reconhecer a dignidade no que tange ao gênero feminino e de efetivar a mulher como titular plena de direitos, o que indubitavelmente conduzirá à redução da violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis e Cláudia Perrone-Moisés (2007). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2ª edição. São Paulo: Atlas.
- ALMEIDA, Suely de Souza (2007). "Essa violência mal-dita". Em *Violência de gênero e políticas públicas*. Org. Suely de Souza Almeida. Rio de Janeiro: UFRJ.
- ARISTÓTELES (1997). *A política*. Trad. Mário da Gama Kury. 3ª edição. Brasília: UNB.
- BARATTA, Alessandro (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. México: Siglo XXI.
- BARATTA, Alessandro e Lênio Streck (1999). *Criminologia e feminismo*. Trad. Carmen Heim de Campos. Porto Alegre: Sulina.
- BARSTED, Leila Linhares (2007). "A resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil". In *Violência de gênero e políticas públicas*. Org. Suely de Souza Almeida. Rio de Janeiro: UFRJ.
- BATISTA, Nilo (2007). "Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil". Em *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Org. Adriana Ramos de Mello. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BERGALLI, Roberto (1996). *Control social punitivo*. Barcelona: Bosch.
- BITENCOURT, Cezar Roberto (2012). *Tratado de direito penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva.

- CHAUI, Marilena (1985). *Repressão sexual: essa nossa (des)conhecida*. 9ª edição. São Paulo: Brasiliense.
- COSTA, Cristina (2002). *A imagem da mulher: um estudo da arte brasileira*. Rio de Janeiro: Senac rio.
- CUNHA, Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2008). *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DORA, Denise Dourado (Org.) (1997). *Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Sulina.
- ENGELS, Magali Gouveia (2000). "Paixão, crimes e relações de gênero no Rio de Janeiro: 1890-1930", em *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, ano 5, vol. 9 e 10, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- FREUND, Julien (1983). *Sociologie du conflit*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF).
- GARLAND, David (2001). *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. USA: University of Chicago Press.
- HORWITZ, Allan (1990). *The logic of social control*. New York: Plenum Press.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia (2000). *Representação política da mulher*. São Paulo: Juarez de Oliveira.
- MACHADO, Máira, Rocha (2004). *Internalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Edesp.
- MELLO, Adriana Ramos de (Org.) (2009). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MELOSSI, Dario (1993). *El estado del control social*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- MENDES, Corina Helena Figueira (2007). "Violência contra a mulher e políticas públicas no setor da saúde". Em *Violência de gênero e políticas públicas*. Org. Suely de Souza Almeida. Rio de Janeiro: UFRJ.
- MESSUTI, Ana (1998). "Reflexiones sobre el pensamiento penal". In *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*. Buenos Aires: Fundación de Cultura Universitaria.
- MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira (2003). *Construção jurídica das relações de gênero: o processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- MORAIS, Alexandre de (2007). *Direitos humanos fundamentais*. 8ª edição. São Paulo: Atlas.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1985). *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- MURANO, Rose Marie e Leonardo Boff (2002). *Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro com as diferenças*. Rio de Janeiro: Sextante.

- PAVARINI, Massimo (1983). *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI.
- PEDRINHA, Roberta Duboc (2009). *Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- (2012). "Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade", em *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, vol. 17, ano 17, Rio de Janeiro: Gramma.
- PINTO, Céli Regina Jardim (2003). *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo.
- POUGY, Lília (2007). "Violência e saúde de gênero". Em *Violência de gênero e políticas públicas*. Org. Suely de Souza Almeida. Rio de Janeiro: UFRJ.
- RAIZMAN, Daniel Andrés (2016). "Uma abordagem da criminologia Latino-americana: funções preventiva e executiva dos processos de criminalização ante os direitos humanos". Em *Direitos humanos e cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Orgs. Enzo Bello e Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- VILAS-BOAS, Renata Malta (2003). *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alessandro Alagia e Alessandro Slokar (2000). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.