



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS-UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA-FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÁTIA DE ALMEIDA VIEIRA

A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA PROTEÇÃO DAS
MULHERES EM ESTADO DE VULNERABILIDADE

BARBACENA

2017

CÁTIA DE ALMEIDA VIEIRA

**A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA PROTEÇÃO DAS
MULHERES EM ESTADO DE VULNERABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rodrigo Corrêa de Miranda
Varejão

BARBACENA

2017

CÁTIA DE ALMEIDA VIEIRA

**A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA PROTEÇÃO DAS
MULHERES EM ESTADO DE VULNERABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Ítalo Paulucci Cascapera Sogno
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Wanderley José Miranda
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA PROTEÇÃO DAS MULHERES EM ESTADO DE VULNERABILIDADE

Cátia de Almeida Vieira *

Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão **

RESUMO

A violência contra as mulheres sempre foi uma chaga nas sociedades antigas e modernas, não sendo uma característica própria de um único povo. No Brasil, embora o tema da violência, sempre tenha sido de conhecimento público, apenas em 2006, com a edição da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que esse panorama começa a mudar, trazendo mudanças significativas para a garantia dos direitos das mulheres, sobretudo os fundamentais elencados na Carta Magna. No bojo da lei foram estabelecidas políticas afirmativas à disposição das vítimas e seus familiares. Contudo, mesmo com a modernidade estabelecida no novo diploma, ficou algumas lacunas, nas quais se tentou preencher com algumas mudanças em leis posteriores. A lição máxima que o diploma expressa é o de que somente a lei em si não funciona como ferramenta inibidora desses crimes, fica claro que mascara, mas não resolve o problema de base, que é sobretudo, cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica. Penas. Proteção. Prevenção.

* Acadêmica do 10º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC- Barbacena / MG. e-mail: catiaalmeidavieira@hotmail.com

** Orientador. Professor Especialista em Direito Civil e Processo Civil do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC- Barbacena / MG. e-mail:rodsvare@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Durante séculos as mulheres sofreram com a misoginia resultado de séculos de predomínio do poder masculino em prejuízo da figura da mulher, isso justifica a existência de dezenas de tratados internacionais no mundo que tentam salvaguardar os direitos das mulheres, que a depender da cultura, sofrem as mais diversas crueldades.

Nos últimos anos a mulher tem conseguido grande projeção no mercado de trabalho, na formação intelectual, ascensão econômica, social, cultural, enfim, cada vez mais vão conquistando espaço no território “dominado” pelos homens. Entretanto, infelizmente, a esse tempo, a sociedade já havia adotado a cultura machista, de predomínio da subordinação das mulheres aos homens, e isso só faz aumentar os delitos pois cria uma atmosfera de conflitos e insegurança.

Sem sombra de dúvidas a culpa da violência não mulher, não se pretende atribuir à vítima qualquer responsabilidade pelos males que sofrem, porém, é sabido que o progresso feminino não foi/é bem recebido por todos. Destarte, isso não impede que a mulher continue na busca dos seus direitos, ainda que as conquistas não sejam vistas com bons olhos por certo grupo de pessoas.

No Brasil, a violência doméstica contra a mulher ainda é uma realidade bastante gritante na atual conjuntura, mesmo já transcorrido 11 anos desde a entrada em vigor da Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, que representou e representa uma conquista histórica na defesa dos direitos das mulheres em estado de vulnerabilidade devido à violência doméstica.

Dessa forma, foram instituídas dezenas de modificações legislativas para assegurar a liberdade e a autodeterminação das mulheres, principalmente num país que tem a liberdade como um dos fundamentos elementares do Estado, dito democrático.

Mesmo com as ferramentas disponibilizadas, e o número expressivo de punições viabilizadas por meio da lei, ela não tem se mostrado eficaz no combate a violência, dados oficiais dão conta de que é crescente o quantitativo de casos da prática desse crime, inclusive a reincidência.

Uma demonstração clara dessa triste realidade foi a entrada em vigor da Lei nº 13.104/15 que alterou o art. 121 do Código Penal, passando a prever o feminicídio, como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio (considera-se feminicídio quando o crime é

praticado em função do gênero, no contexto de violência doméstica e familiar e, quando resta comprovado o menosprezo ou discriminação à condição de mulher), e incluiu o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Tal enrijecimento no tratamento dessa modalidade delituosa busca conter a redução das aberrações perpetradas contra a figura feminina.

Nesse prisma, toda e qualquer forma de estímulos à preservação da dignidade da mulher, da sua liberdade, autonomia, devem ser estimulados e propagados, oportunizando que a informação seja difundida e como tal oportunizando que as mulheres cada vez tenham acesso as políticas públicas que pretendem, de fato, torná-las livres, como reza a Constituição.

2 CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA

O surgimento da Lei nº 11.340/06¹, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha se deu em decorrência da condenação imposta ao Estado Brasileiro pela Organização do Estados Americanos (OEA) por não dispor de mecanismos suficientes para combater a violência contra as mulheres, quando do julgamento do caso nº 12.051/OEA².

Maria da Penha Fernandes foi vítima de violência doméstica nos 23 anos em que esteve casada³. No ano de 1983, o então marido da vítima tentou matá-la em duas ocasiões. Na primeira, a atacou com uma arma de fogo fazendo com ela ficasse paraplégica. Na segunda, ela foi submetida a eletrocussão e afogamento.

Diante da nova tentativa de homicídio, a esposa então teve coragem de denunciar o agressor, e para sua indignação, somente o viu punido 19 anos depois do ocorrido e a uma pena ridícula de dois anos em regime fechado.

Por esse motivo, em 20 de agosto de 1998, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher, juntamente com a vítima protocolaram uma representação contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da OEA, resultando na condenação do país.

Os peticionários arguíram, em síntese, que o Brasil era conivente com a violência contra a mulher por não terem amparado a vítima e, ainda, por não dispor de meios eficazes para combater as atrocidades contra a mulher. O pedido fundou-se na alegação de violação dos artigos: 1º; 8º; 24º; 25º da Convenção Americana, II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e deveres do Homem, bem como dos artigos 3º, 4º a, b, c, d, e, f, g, 5º e 7º da Convenção de Belém do Pará.

2.1 Violência familiar contra a mulher

A violência contra as mulheres, é antes de tudo, um fenômeno cultural, presente em todas as culturas do mundo, desde épocas remotas da civilização.

De acordo com Ban Ki-Moon, ex-secretário-geral da Organização das Nações Unidas: “a violência contra as mulheres ainda acontece todos os dias em todos os países. Temos que

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

² <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>

³ https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Maria_da_Penha

entender as causas e saber o que fazer para eliminá-la. Pôr fim à violência contra mulheres e meninas é um dos mais importantes objetivos deste século”.

Para Maria Berenice Dias (2012, p. 19):

Ao homem sempre coube o espaço público, e a mulher foi confinada nos limites do lar, no cuidado da família. Isso enseja a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor; o outro de submissão, interno e reprodutor. A essa distinção estão associados os papéis ideais de homens e mulheres: ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando a sua função. Os padrões de comportamento instituídos distintamente para homens e mulheres levam à geração de um verdadeiro código de honra. A sociedade outorga ao macho um papel paternalista, exigindo uma postura de submissão da fêmea. As mulheres acabam recebendo uma educação diferenciada, pois necessitam ser mais controladas, mas limitadas em suas aspirações e desejos. Por isso o tabu da virgindade, a restrição ao exercício da sexualidade e a sacralização da maternidade. Ambos os universos, ativo e passivo, distanciados, mas dependentes entre si, buscam manter a bipolaridade bem definida, sendo que ao autoritarismo corresponde o modelo de submissão.

Dessa forma, a evolução da mulher, a promoção da sua independência, a saída para o mercado de trabalho, e outras formas de desenvolvimento acarretaram a “fuga” do modelo reputado como padrão, que trouxeram consigo conflitos expoentes e de certa forma, o aumento da violência contra a mulher.

Contudo, o progresso vivenciado pelas mulheres não faz cessar as agressões, de modo que ocorra em todas as classes sociais, independente do grau de instrução do agressor ou vítima.

2.2 Formas de violência doméstica contra a mulher

A lei tratou de tipificar as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outras medidas o art. 7º da Lei 11.340/06 prevê, *in verbis*⁴:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem,

⁴ Idem 1

ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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

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

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

Nesse diapasão, lei pretende proteger a mulher de toda forma de violência, não compreendida somente a física, mas toda e qualquer conduta que cause lesão, no estrato físico, psíquico, moral, sexual, financeiro, qualquer ato que possa ser entendida como maléfico.

Essas definições resultaram num grande avanço, impedindo que o termo violência fique adstrito somente ao elemento físico.

3 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.340/06

Como já dito, a Lei Maria da Penha trouxe novas abordagens conquanto a violência doméstica, sobretudo contra as mulheres, que são mais suscetíveis a esse mal já que dentre outras vulnerabilidades a mulher se encontra em posição desigualdade física, o que colabora para a manutenção do jugo.

Para que o texto normativo em comento alcance o objetivo de reprimir a opressão praticada no seio familiar foi estabelecido uma estrutura específica que atenda à complexidade do tema, promovendo e prevendo meios de prevenção, assistência, políticas públicas, maior rigor nas punições para os agressores e outras alternativas que se mostrarem eficaz.

Para tal, trouxe diversas modificações que visam assegurar que toda e qualquer forma de subjugação será tratada com a total seriedade pelas autoridades, desde o atendimento de campo, até o pós-sentença. Assim a lei expressa o compromisso estatal no ensejo de solucionar a problemática acerca do tema. Isso mostra, por certo, um despertar para a realidade assombrosa na qual as mulheres ainda vivem em milhares de lares.

A seguir, algumas mudanças significativas para o enfrentamento dessa chaga:

3.1 Prisão

A impunidade sempre foi um estigma que impedia a vítimas de procurarem ajuda diante das autoridades uma vez que a restrição da liberdade não era prevista, culminando no retorno do agressor ao lar e por consequência, à mesma realidade.

Prescreve o art. 20⁵ que uma das medidas a serem adotadas é a prisão preventiva do agressor, a qualquer momento, dependendo das circunstâncias que justifiquem a medida:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A propósito, é cediço que a prisão preventiva se trata de uma espécie de prisão cautelar, que consiste na privação da liberdade, podendo ser decretada em qualquer fase da instrução criminal, ocasião na qual o juiz, ainda que de ofício, poderá decretá-la, ou ainda por requerimento do Ministério Público, representação da autoridade policial e por pedido do querelante.

De acordo com REIS e GONÇALVES (2012, p. 477):

Trata-se de modalidade de prisão processual decretada exclusivamente pelo juiz de direito quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei. Por se tratar de medida cautelar, pressupõe a coexistência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Fumus comissi delicti nada mais é do que a exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como da existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração. É o que se chama, no processo civil, de *fumus boni juris*.

Já o *periculum libertatis* diz respeito à necessidade de segregação do acusado, antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que está prestes a fugir para outro país etc. É o chamado *periculum in mora* do processo civil. A possibilidade de decretação da prisão preventiva encontra embasamento no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, que admite, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (além da prisão em flagrante). A prisão preventiva é, evidentemente, medida excepcional — embora tenha se tornado comum em razão da escalada da criminalidade violenta em nosso país. Em face dessa excepcionalidade, o instituto rege-se ainda pelos princípios da taxatividade, adequação e proporcionalidade, não se sujeitando a regime de aplicação automática. Não pode a lei determinar hipóteses compulsórias de decretação da prisão preventiva que, assim, sempre pressupõe análise

⁵ *Idem 1*

do fato concreto pelo juiz a fim de verificar a necessidade desta forma de prisão. A decisão, ademais, deve ser suficientemente fundamentada em uma das hipóteses legais, não bastando ao juiz, por exemplo, dizer, genericamente, que aquele tipo de crime é grave. Deve, desse modo, apreciar as circunstâncias específicas que tornam grave aquele crime em apreciação no caso concreto e que tornam temerária a liberdade do réu ou, ainda, justificar a medida em outra das hipóteses legais (risco de fuga, ameaça a testemunhas etc.). A insuficiência da fundamentação dará causa à revogação da prisão por meio de habeas corpus interposto em prol do acusado.

Explica Vicente Greco Filho (2012, p.421):

A prisão preventiva é a prisão processual, decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para a segurança da aplicação da pena. Poderá, também, ser decretada em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares adiante indicadas. Esses são os motivos ou fundamentos substanciais para a sua decretação. A garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima.

Destaca o renomado doutrinador Fernando Capez que a Lei Maria da Penha elencou uma nova hipótese de aplicabilidade da prisão preventiva, qual seja, no que diz respeito a violência praticada no ambiente familiar, o que até então não tinha previsão.

Prisão preventiva: com o advento da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi criada uma nova hipótese de cabimento do decreto de prisão preventiva, além das hipóteses existentes no art. 313, IV, do CPP, qual seja, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Atualmente, tal autorização legal encontra-se prevista no art. 313, inciso III do CPP, cuja nova redação, dada pela Lei n. 12.403/2011, prevê a ampliação da abrangência do dispositivo para abarcar a violência doméstica ou familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Inquérito policial: a autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência de um crime dessa natureza, não deverá lavrar simples termo circunstanciado, em face da vedação da incidência das regras da Lei n. 9.099/95, mas instaurar inquérito policial, independentemente da pena prevista para o crime. (CAPEZ 2012, p. 126).

Destaca-se que até que haja uma sentença condenatória com trânsito em julgado, em regra, não pode haver prisão, posto que a regência do Estado se dá nos moldes da Constituição Federal que veda a prisão de inocentes. Entretanto, existe a previsão, em situações excepcionais, visando um bem maior, em que o legislador prevê a restrição da liberdade do indivíduo.

Uma dessas possibilidades é justamente a prisão preventiva, que tem por escopo assegurar a aplicação da lei penal quando houver indícios de autoria, bem como risco à

integridade do sujeito ou de terceiros, por isso a prognose de aplicação antecipada à sentença. Sendo assim, só será imposta quando o cerceamento se mostre crucial para atender os fins pretendidos pela lei.

Por isso a prisão preventiva na Lei Maria da Penha representa um marco histórico, capaz de criar na vítima confiança necessária para se erguer contra as artimanhas vivenciadas no cotidiano.

Essa medida sem sombra de dúvidas é a mais importante dentre todas as novidades elencadas na lei, pois além de maior rigor, possibilita que a vítima possa reorganizar sua vida, tomando as medidas que julgar necessárias como a saída do lar, mudança de cidade, ou qualquer outra que julgue conveniente para reforçar a sua segurança.

É de bom alvitre ressaltar que a privação da liberdade é a ação mais agressiva no ordenamento jurídico brasileiro, logo, usá-la para promover a proteção das mulheres expressa o desejo estatal de enfrentar de forma de forma séria tais crimes.

3.2 Da não aplicabilidade da transação penal

Antes do advento da lei em comento, o máximo de punição que havia era transação penal, popularmente conhecida como “pagar cesta básica”, que de fato era o que acontecia e só. Contudo o art. 13⁶ retirou dos Juizados Especiais a competência para processar e julgar as respectivas demandas, ao passo que o art. 14 dispõe sobre a criação de Juizados próprias para conduzir as ações penais, *in verbis*:

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei.

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁶ *Idem 1*

Nesse ensejo, todas formas de violação aos direitos das mulheres não podem ser relativizadas, de modo que as atividades perpetradas contra elas não se enquadram em nenhuma outra possibilidade senão no enquadramento penal previsto.

Dessa forma não cabe outra tipificação penal, senão a estabelecida nessa lei. Reforçando o entendimento, colaciona-se três súmulas do Superior Tribunal de Justiça⁷ que uniformiza a interpretação das normas legais, senão vejamos;

Súmula 536 - 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 536, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015)

Súmula 588 - 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 588, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017)

Súmula 589 - É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

(Súmula 589, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017)

Na esteira do previsto pelo diploma, não há que se falar em contravenção penal (como por exemplo, vias de fato), princípio da insignificância ou bagatela, ou qualquer outra interpretação que relativize os delitos praticados contra as mulheres⁸.

Por ocasião do julgamento do HC 131219 / MS o Supremo Tribunal Federal se manifestou da seguinte forma:

E M E N T A HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129,

⁷ <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>

⁸ De acordo com o informativo do Superior Tribunal de Justiça-STJ: Em julgado da Sexta Turma, um homem denunciado pela suposta prática de contravenções penais porque teria praticado vias de fato contra sua ex-companheira, bem como perturbado a sua tranquilidade, entendia ser cabível a transação penal ao seu caso, em razão de o artigo 41 da Lei Maria da Penha vedar a incidência da Lei 9.099 apenas em relação aos crimes e não às contravenções penais.

O colegiado, entretanto, destacou que, apesar de o artigo 41 da lei Maria da Penha fazer referência apenas a “crimes”, a orientação do STJ é de que não se aplicam os institutos despenalizadores da Lei 9.099 a nenhuma prática delituosa contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, ainda que configure contravenção penal.

O relator, ministro Rogerio Schietti, reconheceu que uma interpretação literal do artigo 41 poderia levar à conclusão de que a Lei 9.099 poderia ser aplicada às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, mas, segundo ele, os fins sociais da Lei Maria da Penha impedem essa conclusão (HC 280.788).

“À luz da finalidade última da norma e do enfoque da ordem jurídico-constitucional, tenho que, considerados os fins sociais a que a lei se destina, o preceito afasta a Lei 9.099, de forma categórica, tanto aos crimes quanto às contravenções penais praticados contra mulheres no âmbito doméstico e familiar”, concluiu o relator.

§ 9º, DO CÓDIGO PENAL. LEI 11.340/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ARTIGO 44, I, DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. DELITO COMETIDO COM VIOLÊNCIA À PESSOA. ORDEM DENEGADA. 1. O artigo 129, § 9º, do Código Penal foi alterado pela Lei 11.340/2006. A Lei Maria da Penha reconhece o fenômeno da violência doméstica contra a mulher como uma forma específica de violência e, diante disso, incorpora ao direito instrumentos que levam em consideração as particularidades que lhe são inerentes. 2. Na dicção do inciso I do art. 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos substituem a privativa de liberdade, quando “aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”. 3. Inobstante a pena privativa de liberdade aplicada tenha sido inferior a 04 (quatro) anos, a violência engendrada pelo paciente contra a vítima, no contexto das relações domésticas, obstaculiza a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal. 4. Ordem de habeas corpus denegada. (STF, HC 131219/MS, Relatora Min. Rosa Weber, DJe 13/06/2016).

Portanto, o processamento das ações mediante ação penal pública incondicionada garante dentre outras coisas, que a vítima não precisará dispor de recursos financeiros, contratação de advogados, custas e etc., o que afasta muitas pessoas do acesso à Justiça.

3.3 Da fiança

Embora os casos que tramitam sob a égide da Lei nº 11.340/06 sejam suscetíveis de fiança, cumpre ressaltar que a possibilidade de arbitramento pela autoridade policial deve ser vista com bastante cautela, haja vista que não raramente não analisa com a seriedade necessária os casos de violência contra a mulher.

Faz-se imperioso lembrar que ainda hoje existem autoridades que insinuam ou acreditam que a vítima foi quem deu a causa a agressão, ao estupro e etc. Motivo este que justifica a tendência de que as delegacias especializadas no atendimento à mulher, ou mesmo onde não existe o serviço especializado que os expedientes sejam presididos por mulheres, que tendem a se sensibilizar com o sofrimento vivenciado pelos seus pares.

Nesse sentido a lei não protege efetivamente a mulher vitimada por agressor que possua condição financeira que suporte custear a fiança, o que claramente é um contraste com o pretendido ao permitir a prisão preventiva. Embora lei pretenda reprimir tais atos, lado outro possibilita a fiança, fato esse que quase anula o real sentido da lei, exceto se o agressor for hipossuficiente.

Constatado isso, que certa parcela dos agressores se encontram imunes pelo poder aquisitivo à essa disposição, mesmo que haja outras medidas a serem aplicadas como por exemplo o afastamento do lar, proibição de contato e as demais bem conhecidas por todos.

É de conhecimento público, que a depender do caso concreto, somente a prisão garantirá à vítima que seus direitos serão respeitados e que ela disporá de certo lapso temporal para ao menos tentar reestabelecer a sua vida, de forma independente.

A possibilidade de fiança se dá especialmente em função do advento da lei nº 12.403/2011⁹. Atualmente, o Código de Processo Penal, passou a constar em seu Título IX a seguinte nomenclatura “Das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, de acordo com o *mandamus* em discurso.

Aliás, sobre as medidas cautelares, traz-se à baila os preciosos ensinamentos de Luiz Flavio Gomes (2011, p. 27):

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para tutela da liberdade assim como para efetivação do direito de punir do Estado.

Nos dizeres de Miranda (2011, p. 25):

Busca-se por meio das medidas e procedimentos cautelares, assegurar o resultado útil de um processo de conhecimento e de execução. Para tanto, são estabelecidas medidas cautelares, com o intuito de se proteger e acautelar, durante o processo, bens jurídicos contra perigos do tempo e, especialmente, contra a ação do investigado ou do réu.

Para tanto, entre as medidas cautelares elencadas na presente ordem jurídica, tem-se o instituto da fiança, a qual tem sua definição disposta no art. 330 do CPP¹⁰:

Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

O instituto da fiança se dá por meio de uma garantia de natureza real ou patrimonial, se constituindo em uma alternativa à prisão, com o escopo de resguardar os trâmites processuais conforme prescreve a lei vigente. Portanto, a autoridade policial somente poderá arbitrar fiança

⁹ Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm

para os crimes cujo a pena máxima não ultrapasse a quatro anos, nos moldes do art. 322 do CPP¹¹, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

À vista disso, a fiança é uma das diversas modalidades legais preconizadas nos artigos abordados, com o fim de assegurar o deslinde processual impondo uma medida assecuratória. Patente está que, o contraste entre o instituto da fiança e o da liberdade provisória nos casos de violência contra a mulher.

4 DISCREPÂNCIAS DA LEI MARIA DA PENHA

Muito embora a Lei a Maria da Penha seja aclamada pela maior parte da doutrina, um número expressivo de juristas não veem com bons olhos as inovações trazidas pelo diploma. Tais correntes sustentam que na construção do Direito Penal modernos, devem se evitar os arbítrios e excessos do Estado, levando em consideração os princípios limitadores do poder estatal.

Outros sustentam que na violência doméstica e familiar contra a mulher a família é duplamente penalizada: sofrem quando do cometimento das agressões, e noutro ponto sofre pela retirada abrupta do agressor que na maioria absoluta das vezes é o esteio econômico da família e como consequência gera o abalo nas finanças da entidade familiar. De acordo com ZAFFARONI (2011, p. 323) *apud* HERMANN (2002, p 56-57) chama a atenção para o seguinte detalhe:

De forma direta, a criminalização em si já resulta em pelo menos duas privações relevantes para a família do agente criminalizado. A primeira delas é a privação da presença afetiva. O cárcere não aparta apenas o indivíduo dos seus – esse afastamento é uma via de duas mãos em termos de sofrimento, já que também a família fica privada do convívio do encarcerado. A segunda é a privação da segurança econômica (...) vez que é ele, encarcerado, na maioria das vezes, arrimo de família. Ademais, (...) resulta que a exclusão que obsta a obtenção de trabalho e renda; que promove a rejeição em grupos sociais de convivência (igreja, escola, clubes); que facilita a formação de

¹¹ *Idem 10*

subculturas resultantes da criminalização também atinge os familiares do encarcerado, durante e depois do cumprimento da pena (HERMANN, 2002, p. 56-57).

Por certo, essa corrente tem argumentos de grande relevância para reflexão a fim de garantir o progresso das leis, e sua eficácia na regulação de temas de relevante valor para a sociedade, contudo, sustentar que a mulher deva se submeter aos arbítrios do homem por ser, por vezes, dependente dele financeiramente, o que a ausência da figura paterna desestabiliza a família, a própria violência por si só já caracteriza um fator de risco capaz de dismantelar qualquer entidade familiar.

Lado outro, é inadequado escorar a alegação de que a pena privativa de liberdade é a mais grave, devendo ser evitada, já é mais do que assentado o entendimento de que a prisão é medida residual, utilizada tão somente quando as demais medidas protetivas não produzirem o resultado pretendido.

Oportunamente, é importante ressaltar que embora a lei trouxe grandes avanços no campo do combate do combate à violência doméstica, ainda é importante que outros objetivos sejam conquistados para reforçar a proteção contra as vítimas. Nesse sentido, o referido mandamento merece ser observado sob alguns aspectos ainda falhos, sequer observados pelo legislador. Assim, pode-se destacar, dentre outros:

4.1 Divergências acerca da natureza jurídica

Debatida a utilidade da lei 11.340/06, que se traduz como providências de utilidade insubstituível, garantindo à mulher o socorro necessário e o exercício dos seus direitos, e o equilíbrio com os direitos essenciais assegurado ao agressor, destacada a sua liberdade.

Dentre as medidas previstas estão o afastamento do lar, proibição de contato e aproximação com a ofendida, suspensão das visitas aos dependentes, a prestação de alimentos, dentre outras, conforme se extrai dos artigos 22, 23 e 24¹², nesses termos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

¹² *Idem I*

- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

- I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
- II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
- III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
- IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Em que pesem a inovações trazidas pela lei, ainda é pouco debatido, e não há consenso acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência disponibilizadas. Insta salientar que determinar precisamente a natureza jurídica do instituto em questão é de grande relevância para preencher algumas lacunas doutrinárias e ainda a padronização dos procedimentos processuais adequados.

Tal imprecisão gera decisões judiciais não uniformizadas, mesmo em julgados do mesmo Tribunal. Por consequência instala-se certa insegurança jurídica, as principais dúvidas recaem sobre a duração das medidas de proteção; perda da eficácia pelo não ajuizamento de uma ação principal, qual seja o processo de conhecimento; o recurso adequado; consequência

acerca do descumprimento da ordem judicial além da prisão; duração da privação de liberdade. Ainda nesse ínterim, considerando que as medidas protetivas são de caráter cautelar, seria necessário o ajuizamento de processo principal? E havendo, seria de competência do juízo cível ou criminal? A ausência da ação principal implica na cessação da ordem cautelar? Contra a decisão que aprecia o pedido, seria cabível o agravo de instrumento, o recurso em sentido estrito, a apelação ou o habeas corpus? Qual a turma competente para conhecimento do recurso ou da ação autônoma, a cível ou a criminal? A prisão preventiva seria instrumento idôneo para garantia de sua execução? Tais questionamentos não encontram uma resposta precisa no direito pátrio.

Em síntese, a doutrina, ainda que não tenha um conceito preciso acerca da natureza jurídica, têm as medidas protetivas cautelares como sendo de natureza mista, possuindo características ora cíveis, ora penais. E de fato, a lei parece mesclar as competências

Novamente, traz-se à baila os preciosos ensinamentos de Maria Berenice Dias que ministra o seguinte (2012, p. 140):

Encaminhado pela autoridade policial pedido de concessão de medida protetiva de urgência – quer de natureza criminal, quer de caráter cível ou familiar – o expediente é autuado como medida protetiva de urgência, ou expressão similar que permita identificar a sua origem. (...). Não se está diante de processo crime e o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária (art. 13). Ainda que o pedido tenha sido formulado perante a autoridade policial, devem ser minimamente atendidos os pressupostos das medidas cautelares do processo civil, ou seja, podem ser deferidas “*inaudita altera pars*” ou após audiência de justificação e não prescindem da prova do “*fumus boni juris*” e ‘*periculum in mora*’.

BRANDÃO (2012)¹³ *apud* FEITOZA (2009, p. 626) segue o mesmo raciocínio:

Assim, firmamos um primeiro ponto: há procedimentos cíveis e criminais separados, conduzidos por juízes com competência cumulativa, cível e criminal, quanto à matéria violência doméstica e familiar contra a mulher. As medidas protetivas, por sua vez, são, conforme o caso, medidas cautelares preparatórias, preventivas ou incidentes, como constatamos por suas características e por interpretação sistemática com outras leis. A mudança de denominação (“protetivas”) não lhes retirou seu caráter. Por outro lado, há várias medidas protetivas, na Lei 11.340/2006, que têm, de modo geral, caráter dúplice, podendo ser utilizadas como medidas cautelares cíveis ou criminais (...).

¹³http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/KellenAlvesJauharGermanoBrandao.pdf

Finalmente, vale destacar que a concessão das medidas protetivas devem preencher os requisitos básicos do *periculum in mora, fumus bonis iuris*, que apontam, inequivocamente para temas de natureza civil, se mesclando com outras de caráter penal. Neste sentido sabe-se que o direito penal regula matérias distintas do cível, enquanto que na Lei 11.340/06 não existe essa distinção de competência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se resolve problemas históricos, centenários, da noite para o dia, em uma ou duas décadas, para isso é necessária a desconstrução de um pensamento milenar que reputa a mulher como um ser inferior, que possa ser subjugado, agredido e etc., essa cultura inversa requer esforços a mais do a simples edição de normas penais mais severas.

Contudo, é inegável que com a entrada em vigor do diploma, a violência contra as mulheres passou a ser combatida de forma mais severa, pois passou a contar com série de mecanismos punitivos, repressivos e preventivos, o que não se vislumbrava antes das previsões estabelecidas no mandamento. Um exemplo eficaz dessas mudanças positivas reside na transferência de competência para processamentos dos casos do Juizado Especial para a Justiça Comum (embora controverso se cível ou penal). A própria nomenclatura popular do Juizado Especial Criminal, conhecido como Juizado das Pequenas Causas, afastava as vítimas do acesso à Justiça, pois aparentemente menosprezada o terror vivenciado.

Não se pode negar que ainda há muito a ser feito, grandes avanços são urgentes, mas a Lei Maria da Penha representa um grande passo na efetivação dos direitos das mulheres em estado de vulnerabilidade, assegurando, em tese, que estarão à salvo dos arbítrios de um companheiro ou familiar agressivo.

Ademais, ao estipular a conduta das autoridades diante de casos concretos, assegurando que a vítima não será desprezada, ofendida e ainda a previsão de criação de serviços especializados para os atendimentos de ocorrências dessa natureza encorajam cada vez mais as mulheres a buscarem a ajuda.

Note-se que muito embora a violência não tenha diminuído significativamente as punições estão em crescente avanço, não é o ideal, o adequado é que tais violações não ocorram, mas ocorrendo e recebendo o devido tratamento do Estado.

Por fim, resta dizer que ainda que distante já se vislumbra um cenário no qual as mulheres terão mais segurança, autonomia e sobretudo livres de qualquer forma de marginalização, mas para que isso aconteça é de extrema importância que toda a sociedade se envolva, seja denunciando, seja cobrando postura das autoridades responsáveis.

THE EFFECTIVENESS OF THE MARIA DA PENHA LAW FOR PROTECTION OF WOMEN IN VULNERABILITY

ABSTRACT

Violence against women has always been a scourge in ancient and modern societies, not being characteristic of a single people. In Brazil, although the issue of violence has always been public knowledge, only in 2006, with the publication of Law 11.340 / 06, known as the Maria da Penha Law, does this scenario begin to change, bringing significant changes to the rights, especially the fundamental ones listed in the Constitution. Under the law, affirmative policies were established for the victims and their families. However, even with the modernity established in the new law, there were some shortcomings, which were tried to fill with some changes in later laws. The maximum lesson that the diploma expresses is that only the law itself does not act as an inhibiting tool for these crimes, it is clear that it masks, but it does not solve the basic problem, which is mainly cultural.

KEYWORDS: Domestic violence. Feathers. Protection. Prevention.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

Acesso em 21 jul. 2017.

_____, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 13 jul. 2017.

_____, **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 12 ago. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 131219** / MS. Relator Min Rosa Weber. Disponível em: <<https://goo.gl/Dq56PC>>. Acesso em 30 ago.2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Especial**: A jurisprudência do STJ nos 11 anos da Lei Maria da Penha, de 06/08/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/A-jurisprud%C3%Aancia-doSTJ-nos-11-anos-da-Lei-Maria-da-Penha>. Acesso em 13 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 536**. DJe 15/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 13 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 588**. DJe 18/09/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 13 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 589**. DJe 13/09/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 13 set. 2017.

BRANDÃO, Kellen Alves Jauhar Germano. **Da Ineficácia das Medidas Cautelares Previstas na Lei Maria da Penha**: impedimentos legais e demora judicial. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/KellenAlvesJauharGermanoBrandao.pdf>. Acesso em 28 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado**: parte especial. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 496 p.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA. Relatório anual de 2000. *Relatório 54/01*: Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 681 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais RT, 2011.

LEI MARIA DA PENHA. *In*: **WIKIPÉDIA**, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em: 11 ago. 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo: Método, 2011. 496 p.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 881 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.