

INTRÓITO

Recentemente, foi sancionada, pelo Presidente da República, a Lei denominada de “Maria da Penha”, sendo que foi elaborada tendo como principal objetivo evitar a banalização da violência cometida contra as mulheres, o que, sem sombra de dúvidas, é bastante salutar.

Não há dúvidas de que qualquer tipo de violência não pode ser banalizada, não só aquela cometida contra a mulher, independentemente se no âmbito doméstico ou familiar ou externamente.

Não há dúvidas também de que um **ser humano**, homem ou mulher, que venha a ter a sua dignidade pessoal afrontada merece ter algum tipo de proteção, tutela estatal, porém esta e outras questões não podem ser analisadas isoladamente, sem uma visão sistemática do ordenamento jurídico, sob pena de ensejar absurdos, entendimentos teratológicos e, conseqüentemente, decisões judiciais incoerentes, gerando dificuldades para os operadores do Direito e mais incerteza e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

É certo também que se procura a solução para quase todos os problemas, através da elaboração de leis, na maioria das vezes mal feitas, tais como: redução da taxa de juros, recuperação de atividades empresariais (Lei nº 11.101/2005), diminuição da criminalidade (imposição de penas mais severas em alguns casos), quando se deixa de investir na educação, saúde, segurança pública, enfim, nos serviços essenciais que possibilitam ao ser humano ter uma vida digna.

Não procura o Legislador, muito menos o Executivo, o investimento efetivo em políticas públicas, pelo contrário, gastam-se verbas em propaganda política e em outras atividades secundárias. Se já não bastasse, “rios de dinheiro” são desviados por agentes políticos sem escrúpulos, impedindo o efetivo investimento em políticas públicas sérias, sem caráter populista.

Estamos num país com dimensão continental, sendo que obviamente cada região possui suas peculiaridades, mas é certo e sabido que se houver uma política séria de educação, conseqüentemente, serão diminuídos os índices de violência, o problema de saúde pública, dentre outros.

Daqui a pouco, diante do precoce amadurecimento sexual das crianças e adolescentes brasileiras, que, a cada dia, estão engravidando mais cedo, certamente, irá procurar-se “solucionar” o problema com a edição de uma lei criminal, segundo a qual será obrigatório manter relações sexuais com utilização de preservativo, mas pergunta-se: há alguma política educacional séria e efetiva? Há política séria de planejamento familiar? O que se está fazendo, por exemplo, no Rio de Janeiro com os inúmeros CIEPS que foram construídos com dinheiro público?

Devemos enfrentar o problema com soluções sérias e não com medidas paliativas e, às vezes, demagógicas, até porque o Brasil já possui leis demais, porém aplicação efetiva de menos.

Não há dúvidas, como já salientado, de que a mulher deve ser protegida como qualquer outro cidadão, mas será que a edição de uma mal elaborada lei irá solucionar o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher? Será que os homens covardes deixarão o lado machista violento de lado? Será que a falta de educação permite tal discernimento, só porque tem uma lei agravando inclusive os delitos, admitindo prisão preventiva ou impedindo sanção pecuniária ou as insuportáveis “cestas básicas”?

Tenho certeza absoluta de que a aplicação das denominadas “cestas básicas” não é a melhor solução, na maioria das vezes sequer configura uma verdadeira e efetiva solução, pois ao se exigir o pagamento das mesmas finge-se que se “pune” e o agente finge que é “punido” e mais um processo é literalmente despachado, mas será que se fez Justiça e foi diminuído o sentimento de impunidade? Com certeza não, mas tal pseudo-solução não diz respeito apenas à violência doméstica e familiar, mas também às outras infrações penais.

Recentemente, o legislador, por duas vezes, alterou o conceito de infração penal de menor potencialidade lesiva, alterando a lei das penas substitutivas, sendo que, agora, edita-se uma nova lei que irá exigir uma reestruturação do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como uma nova interpretação daquelas leis.

As mudanças, normalmente, são salutares, porém desde que amadurecidas e feitas com visão sistêmica.

Por que não se procura discutir uma verdadeira e efetiva reforma do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984)?

Frise-se que em momento algum está se sustentando que a mulher não precisa de proteção, mas num país sério e evoluído culturalmente sequer seria preciso a edição de uma lei, inclusive com vários aspectos penais, com intuito de erradicar a discriminação, sendo que a própria lei, em algumas passagens, é discriminatória por si só.

Recentemente, num grande meio de comunicação fluminense, um jornalista, após receber um e-mail de um leitor que criticava a presente lei, em virtude de proteger apenas a mulher vítima de violência doméstica ou familiar, não se aplicando a proteção aos homens, o referido jornalista, numa infelicidade ímpar, inclusive de forma discriminatória e preconceituosa, deu a entender que seria

um absurdo e, até mesmo hilário, um homem sofrer violência de uma mulher, o que demonstra que nosso maior problema é cultural, educacional, que não pode ser *solucionado* pelo legislador, muito menos pelo Direito Penal.

Esta singela manifestação não tem por escopo sugerir soluções governamentais, mas tão somente trazer à baila alguns *questionamentos* técnicos, no âmbito jurídico, referentes à recente lei, vez que mais uma vez tem-se um diploma legal sem que haja um debate ou uma análise mais aprofundada e sistemática do ordenamento jurídico, sendo aprovada de afogadilho, o que reforça o ditado popular em que “a pressa é a inimiga da perfeição”, senão vejamos.

II – BREVES CONSIDERAÇÕES E ALGUMAS PERPLEXIDADES:

II.1 – Da violência contra a mulher:

Os operadores do Direito: magistrados, membros do Ministério Público, autoridades policiais e defensores públicos ou constituídos, mais uma vez, terão que se desdobrar, utilizando-se da hermenêutica jurídica para poder proporcionar a aplicação da referida lei de forma razoável, a fim de atender ao anseio social (art. 5º da L.I.C.C., c/c. art. 4º da Lei nº 11.340/2006).

Já se pode, de antemão, questionar o próprio preâmbulo legislativo que, juntamente com vários dispositivos legais, demonstram que a Lei nº 11.340/2006 tem por escopo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar “**contra a mulher**” (art. 1º).

Este ato normativo, no art. 2º, procura coibir qualquer tipo de discriminação entre as mulheres, na medida em que toda e qualquer mulher independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, idade, dentre outros aspectos, deve ser protegida, a fim de que possa viver sem violência.

Já o artigo 3º preceitua que se deve assegurar às **mulheres** condições para o exercício de uma série de direitos e garantias fundamentais.

Em sendo assim, neste primeiro momento já se pode afirmar, com segurança, que a própria lei, que procura evitar a discriminação, é, por si, discriminatória, pelos seguintes fundamentos, a saber :

A uma, porque afasta a sua incidência protetiva quando a violência doméstica e familiar tiver como vítima uma *pessoa do sexo masculino*, o que, por si só, faz crer que é possível que se questione a sua constitucionalidade, pois pode afrontar o disposto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Republicana, que estabelece o princípio da isonomia entre homens e mulheres;

A duas, porque o simples fato de o legislador ter previsto que toda mulher independente de orientação sexual, dentre outros aspectos, terá direito à proteção legal, tal previsão, por si só, também é discriminatória, pois é óbvio que a mulher homossexual

ou heterossexual deve ter a mesma proteção jurídica, sendo discriminatória a simples menção à orientação sexual ;

A três, porque da forma como consta no artigo 3º, § 1º, e no artigo 6º, faz crer que antes desta lei, o legislador não se preocupou em assegurar os "direitos humanos das mulheres", só estando assegurados os direitos dos homens, ou que qualquer ofensa aos direitos das mulheres não seria ofensa aos direitos humanos (art. 6º, a contrario sensu).

Se já não bastasse, não se pode perder de vista para o fato de que, recentemente ⁽¹⁾, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul ⁽²⁾, julgou favorável pleito em que autorizou uma determinada pessoa, originariamente do sexo masculino, a **alterar o sexo** (de masculino para feminino) **E o nome em sua documentação física**. Segundo o referido Tribunal, a pessoa tinha se submetido à operação de transgenitalização, consistente na remoção do órgão genital masculino, tendo considerado a pessoa como transexual, ou seja, houve uma transposição na correlação do sexo anatômico e psicológico. No caso, em razão de o jurisdicionado sentir-se como mulher e apresentar-se como mulher perante a sociedade, possibilitou a elaboração de decisão favorável à mudança de sexo e do nome.

Na esteira deste raciocínio, acolhendo a tese da jurisprudência gaúcha, poderia a presente lei ter como destinatário um transexual vítima de violência doméstica e familiar? Para se ampliar tal proteção, haveria necessidade de se ter uma decisão judicial autorizando a mudança de sexo e do nome? E o transexual em que não teve seu pleito julgado favorável pelo Tribunal de Justiça, permanecendo do sexo masculino, mas com nome de mulher, teria a proteção da Lei "Maria da Penha"?

No aspecto cível do referido ato normativo, creio que a proteção deva ser ampliada, caso o transexual tenha conseguido alterar, além do seu nome, o seu sexo para o feminino, mas no aspecto penal, considerando que a Lei nº 11.340/2006 procura agravar a situação do agente da violência, haveria um tratamento ampliativo mais severo e, conseqüentemente, iria contra os princípios basilares do Direito Penal.

Com se pode observar, são questões não respondidas pela presente lei, sendo que podem ensejar soluções contraditórias, proporcionando insegurança jurídica.

Portanto, ao invés de se fazer uma reforma penal e processual penal séria e ampla, criminalizando algumas condutas, aumentando a pena de outras e descriminalizando ou despenalizando outras condutas sem importância, o

⁽¹⁾ Julgamento datado de 17 de agosto de 2005.

⁽²⁾ Em sentido oposto, tem-se decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que entendeu pela impossibilidade de alteração de sexo, mas pela possibilidade de ser alterado apenas o nome na documentação civil.

legislador, em especial em período eleitoral, procura fazer reformas pontuais, casuísticas e sem razoabilidade jurídica.

II.2 – Do conceito de violência:

O art. 5º procurou conceituar “*violência doméstica e familiar contra a mulher*” como sendo qualquer conduta (ação ou omissão) que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Ora, e a legislação penal anterior que possui normas incriminadoras sobre homicídio, lesão corporal (leve, grave e gravíssima), constrangimento ilegal, crimes contra os costumes (estupro, atentado violento ao pudor...), tortura, crimes contra o patrimônio, dentre outros. Será que estas normas não eram aplicáveis quando as mulheres viessem a ser vítimas ou lesadas? Qual a razão de uma legislação específica? Não seria mais razoável os Poderes Legislativo e Executivo investirem tempo e dinheiro na reforma dos Códigos Penal, Processual Penal e também do recente Código Civil, até porque reformas pontuais sem sistematização acabam gerando divergências e incoerências?

Ainda neste artigo 5º, de acordo com o inciso I, se a mulher ofendida estiver no âmbito da unidade doméstica, com ou sem vínculo familiar, “*inclusive esporadicamente agregada*”, sofrer a referida violência, será aplicado o referido diploma legal, o que faz crer que uma trabalhadora doméstica é também destinatária da proteção desta lei, mas se for um empregado doméstico (sexo masculino) não. Ora, não creio que o objetivo desta lei tenha sido proteger a violência em potencial sofrida por empregada doméstica, apesar de merecer toda proteção também, mas sim proteger a mulher sem tal vínculo, daí porque foi chamada de “*Lei Maria da Penha*”, em que uma senhora foi seriamente violentada por seu companheiro.

Ademais, o inciso III do referido dispositivo permite a incidência desta lei também no caso de um simples namoro, que é uma situação em que há relação íntima de afeto, exigindo alguma convivência, sem “*more uxorio*” (“*independentemente de coabitação*”). Não há dúvidas de que um namorado não pode agredir, cometer violência no outro e vice-versa, o que causa perplexidade é ser editado um ato normativo específico preocupado pontualmente com tais questões. E se uma namorada, revoltada com seu namorado, após uma crise de ciúmes, agredi-lo, inclusive, fisicamente? Neste caso, aplica-se-lhe a Lei nº 9.099/95 e suas medidas despenalizadoras, inclusive, na maioria dos casos, a mulher será “*apenada*” com “*cesta (s) básica (s)*”.

Porém, não pára por aí, cada vez mais o legislador vai complicando, como ocorre no artigo 7º, que tem uma previsão genérica e vaga, quando preceitua (inciso I) que se considera *violência psicológica* “qualquer” conduta que “*lhe cause*” (às mulheres) “*dano emocional E diminuição da auto-estima*”. Desta forma, será uma conduta violenta e atentará contra os direitos humanos a conduta de estuprar uma mulher, que é uma situação de extrema gravidade e hedionda, como também da mesma forma chamá-la de um adjetivo pejorativo, ridicularizando-a. É óbvio que o emprego de adjetivos ou afirmações pejorativas não estão sendo legitimados

neste singelo artigo, apenas procura-se demonstrar que a lei é extremamente específica e se preocupa com temas que não necessariamente teriam que ser resolvidos pela legislação penal que, no caso, não admite sequer a aplicação de medida despenalizadoras para algumas infrações bagatelares.

Não se pode perder de vista, ainda, que, se se proceder a uma interpretação literal e teratológica do disposto no artigo 7º, inciso III, *in fine*, que define como violência sexual também a conduta (ação ou omissão) do ser humano (agente) que “*limite ou anule o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos*” da mulher, chegar-se-á à ridícula conclusão de que também poderá ser considerada violência contra a mulher e uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º) quando o homem (se for hipótese de relação heterossexual) se recusa a manter relações sexuais apesar do desejo feminino, pois neste caso estar-se-ia *limitando ou anulando o exercício dos direitos sexuais da mulher*.

Ainda, quanto à conceituação e análise do artigo 7º, deve-se confrontar os incisos II e V, pois no primeiro prevê como violência “*psicológica*” qualquer conduta que cause à mulher dano emocional e diminuição da auto-estima, inclusive, com “*insultos*”, “*ridicularização*”, enquanto que no inciso V, configura violência “*moral*” qualquer conduta que configure “*calúnia, difamação ou injúria*”. Ora, os crimes contra a honra já não estavam previstos como condutas criminosas, independentemente do sujeito passivo? Ademais, a hipótese do inciso V não poderia estar abrangida na redação exemplificativa do inciso II (“*dentre outras*”)?

II.3 – Das medidas preventivas:

O art. 8º prevê medidas preventivas integradas, sendo que procurou também prever diretrizes educacionais, como ocorreu no caso dos incisos III, V, VIII e IX, como se através de lei, inclusive, com forte aspecto penal e processual penal, fosse possível educar. Não há dúvidas de que é mais simples editar uma lei do que propriamente estabelecer políticas públicas programáticas envolvendo educação, conforme já salientado.

Ora, e as crianças e adolescentes que estão nas ruas com atividades circenses ou até mesmo cometendo atos infracionais? Será que estes têm acesso à educação? Será que poderão ser beneficiados com os tais programas educacionais e currículos escolares, mencionados nos incisos VIII e IX?

De acordo com as estatísticas, em que classe há a maior incidência de violência doméstica? Portanto, a solução passa necessariamente e exclusivamente por educação e cultura, investimento em políticas sérias, sem demagogia e sem medidas paliativas.

Já o artigo 9º, em especial, o inciso II, prevê que o juiz procurará manter o “*vínculo trabalhista da mulher*”, vítima de violência pelo prazo de seis meses, quando necessitar se afastar do local de trabalho. O que significa isso? Será que uma empregada doméstica ou qualquer outra trabalhadora da *iniciativa privada* continuará sendo remunerada, com vínculo trabalhista mantido, apesar de não prestar efetivo serviço ao empregador? Se for esta a incidência legal, até porque

o inciso I refere-se à **remoção de servidora pública**, fazendo crer que o inciso II diz respeito à iniciativa privada, certamente irá aumentar o **índice de desemprego** da mulher trabalhadora, pois, por exemplo, os restaurantes, bares, farmácia, dentre outros, que empregam atendentes, gerentes, administrativos do sexo feminino, após a leitura desta lei, preferirão empregar profissionais homens, pois se estes forem violentados, continuaram com vínculo trabalhista, trabalhando normalmente, sem qualquer afastamento.

No caso do inciso I do referido dispositivo legal, que trata da **remoção prioritária** de agente público do sexo feminino, vítima de violência doméstica e familiar, deve ser interpretado com maior cautela, pois é possível que uma mulher magistrada ou promotora de justiça ou servidora pública tenha sido violentada nas circunstâncias do artigo 7º e esteja lotada numa comarca do interior, mas resida em outra comarca, precisamente na Capital do Estado. Neste caso, a violência, por si só, não pode ensejar a remoção prioritária, pois deve-se observar que a medida procura preservar sua integridade física e psicológica, o que significa dizer que se a mulher, vítima da violência, trabalhar numa comarca do interior, mas possuir domicílio em outra comarca, sendo que seu agressor resida nesta também, neste caso, ao meu sentir, não se justifica a remoção prioritária, ainda que tenha justificativa para tal, a interpretação deve ser restrita, exigindo-se, inclusive, uma normatização por parte da Administração Pública, pois não seria razoável uma mulher, agente público, recém ingressa no serviço público, por exemplo na magistratura, e estar lotada numa comarca longínqua, porém, pelo fato de ser vítima de violência, poder ser removida prioritariamente para a Comarca da Capital, violando a lista de antiguidade. Neste caso, entendo que a interpretação deve ser restrita no sentido de se admitir a remoção compulsória para comarcas do interior, ou seja, do mesmo estágio (nível) em que a mesma estava lotada.

2.4 – Da Autoridade Policial:

Com relação à autoridade policial, o artigo 11 estabelece algumas providências policiais, independentemente do sujeito ativo da violência, se homem ou mulher, como é o caso do inciso I (garantia de proteção policial), sendo que a discricionariedade conferida à autoridade policial, constante no inciso I (“quando necessário”), no que concerne à comunicação de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, não me parece salutar, tendo a autoridade policial dever-poder de comunicar a estes Órgãos.

Já o artigo 12, que também se destina à autoridade policial, estabelece as providências persecutórias que devem ser adotadas, porém, no *caput* estabelece que as medidas devem ser adotadas “de imediato”, mas não estabelece o prazo, o que também foi um equívoco.

Neste mesmo artigo, especificamente o inciso I, o legislador determina que a autoridade policial **deverá** ouvir a ofendida “e tomar a **representação**”. Seria esta aquela condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, como ocorre no caso de lesão corporal de natureza

leve, ameaça? Em caso afirmativo, *e cremos que sim*, não há dúvidas de que o legislador não andou bem, pelos seguintes motivos :

A uma, porque o referido inciso I prevê de forma genérica a colheita da representação, sendo certo que a mulher pode ser vítima de violência em que não se exija representação, como, por exemplo, lesão corporal grave ou gravíssima ou calúnia ou injúria, ou, ainda, em regra, o estupro ou atentado violento ao pudor. Portanto, se for mesmo condição de procedibilidade (“sinal verde para o Ministério Público atuar”), deveria o legislador ter especificado *nos crimes de ação penal pública condicionada à representação*, ou seja, “tomar a representação nos casos de ação penal pública condicionada à representação”;

A duas, porque a representação, de acordo com as mais simples lições de processo penal, não exige forma específica, o que significa que o simples fato de a ofendida comparecer à Delegacia de Polícia, por si só, já está demonstrando o interesse, a sua vontade de que o ofensor seja responsabilizado, configurando representação por si só;

A três, porque o artigo 41 do diploma legal em tela, de forma expressa, prevê que, aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra mulher, “independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95”, conseqüentemente, não é aplicável o artigo 88 desta lei, que passou a exigir representação para os crimes de lesão corporal leve ou culposa. Neste caso, se for o homem o lesionado (sujeito passivo do crime de lesão corporal leve (art. 129, § 9º, do CP), aplica-se a Lei nº 9.099/95 e suas “medidas despenalizadoras”, isto é, exigir-se-á a representação, bem como será possível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Entretanto, se for mulher a vítima de lesão corporal leve, ainda que qualificada (art. 129, § 9º, do CP), nas circunstâncias da lei em análise (art. 7º), não se aplica a Lei nº 9.099/05, por força do referido artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, o que faz que, nesta hipótese, a lesão corporal leve, ainda que qualificada, seja de ação penal pública incondicionada, não se admitindo suspensão condicional do processo, apesar de a pena mínima ser de três meses, o que fere o princípio da isonomia, pois a lei prevê tratamento diferenciado para pessoas em circunstâncias jurídicas iguais, sendo, portanto, inconstitucional. Neste caso, a lei até poderia afastar a suspensão condicional do processo, mas não conferir tratamento diferenciado.

No inciso VII prevê que a autoridade policial deverá remeter no “prazo legal” os autos do inquérito policial ao Juiz e ao Ministério Público, sendo que preceitua “na forma da lei”. No entanto, no tocante a esta fase persecutória policial, ou seja, do inquérito policial, o legislador (Lei nº 11.340/2006) não previu a aplicação do Código de Processo Penal de forma subsidiária, vez que o artigo 13 prevê a aplicação supletiva, mas ao “processo (não procedimento), ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais”, sendo certo que a fase do inquérito policial é pré-processual, sendo o inquérito mero procedimento investigatório. Ademais, o artigo 33, *in fine*, prevê também a aplicação subsidiária da legislação processual pertinente, porém também não se aplica à fase inquisitorial, pois faz menção expressa à competência provisória das Varas Criminais que terá que conhecer e julgar as causas cíveis e criminais, pressupondo processo.

Desta forma, diante da omissão legal, deve-se aplicar o Diploma Processual Penal, em virtude da L.I.C.C., precisamente em virtude do método de integração analógico.

Ainda sobre este inciso VII, o legislador, de forma expressa, fez referência à expressão “inquérito policial”, quando seria mais recomendável referência à expressão procedimento investigatório ou peças de informação, pois se a mulher for vítima de lesão corporal leve, se se aplicasse a Lei nº 9.099/95, bastaria um termo circunstanciado, proporcionando maior celeridade e menos formalismo, porém quando a lei entrar em vigor, esta mesma lesão corporal que vitimou a mulher nas circunstâncias do artigo 7º exigirá o inquérito policial e não mero termo circunstanciado, sendo uma atuação mais formalista e certamente menos célere.

O § 3º, do artigo 12, que ora está sendo objeto de análise, também é completamente *despiciendo*, pois é óbvio que os laudos e prontuários médicos configuram meios de prova, não precisaria esta lei assim preceituar, até porque os Códigos de Processo já regulam os meios de prova.

2.5 – Do Procedimento

O Título IV da Lei nº 11.340/2006 diz respeito ao procedimento, ou seja, a forma pela qual os atos processuais deverão ser praticados, porém não estabeleceu um procedimento específico, determinando a aplicação dos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil ao processo, julgamento e execução das causas cíveis e criminais. Ademais, no artigo 33 do referido diploma (“Disposições Transitórias”) determina que se dê preferência às questões envolvendo violência doméstica e familiar, tendo como vítima mulher.

Como se pode constatar, o legislador é paradoxal, senão vejamos :

Imaginemos uma hipótese em que um homem, vítima de ameaça, aplicando-se-lhe a Lei nº 9.099/95, sendo que, em havendo representação e não aceita ou

não sendo possível a transação, o Ministério Público oferece denúncia⁹³, passando a ter um procedimento sumaríssimo que é o mais célere. Entretanto, se a vítima de ameaça for mulher, nas circunstâncias da Lei nº 11.340/2006, não se admitirá o rito sumaríssimo, pois o artigo 41 veda a incidência da Lei nº 9.099/95, tendo um rito sumário (se o crime for apenado com detenção) que é mais lento que o sumaríssimo. Ora, ao se exigir o direito de preferência às questões envolvendo violência doméstica e familiar, o legislador não teve por escopo procurar conferir uma proteção mais célere à mulher vitimada? Por que afastou o rito sumaríssimo então?

2.6 – Dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

De acordo com o artigo 14, deve haver a criação de Juízos especializados, denominados de “Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, que certamente não serão criados com a urgência que se pretende por várias razões, inclusive pragmáticas, o que significa que, durante algum tempo, as questões desta lei serão resolvidas pelas Varas Criminais, que terão competência cível e criminal, sendo certo que a própria lei prevê medidas protetivas, como por exemplo, “separação de corpos”, “prestação de alimentos provisionais ou provisórios” (art. 22, incisos II e V, e art. 23, incisos III e IV), o que significa que uma infração de menor potencialidade lesiva, como, por exemplo, ameaça, tendo como vítima mulher nas circunstâncias da presente lei, deverá ser apurada pela DEAM (Delegacia Especial de Atendimento à Mulher), sendo que o inquérito policial será encaminhado à Central de Inquéritos (no RJ) e, após, em havendo denúncia ou requerimento de medida protetiva, ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que terá competência para apreciação, afastadas as competências do Juizado Especial Criminal e das Varas de Família, o que diminuirá consideravelmente a atuação destes últimos Juízos, exigindo reformulação *interna corporis* das atribuições ministeriais e das competências dos Juízos, inclusive do expediente forense, pois o parágrafo único admite, inclusive, a atuação em “horário noturno”.

Ademais, como fez referência à “separação de corpos e alimentos provisionais”, é possível, inclusive, chegar-se à interpretação de que se a mulher for violentada nas circunstâncias desta lei (violência doméstica ou familiar – art. 7º), poderá pleitear junto ao referido Juizado Especial separação judicial por culpa, em decorrência da violência (art. 7º), requerendo cautelarmente a separação de corpos e cumulativamente alimentos ao ofensor que a violentou, suprimindo assim a competência, neste caso específico, das Varas de Família, o que deveria, *s.m.j.*, ter ocorrido através de Lei estadual de Organização e Divisão Judiciária, podendo-se questionar, inclusive, a constitucionalidade do referido dispositivo, qual seja, do artigo 33 da Lei nº 11.340/2006. Ademais, na esteira deste raciocínio,

⁹³ Não havendo possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo ou, se proposta, não foi aceita pelo denunciado.

o próprio legislador estabeleceu regras de competência para os processos de natureza não penal, conforme consta no artigo 15.

2.6 – Da “renúncia” ao direito de representação:

O artigo 16 demonstra também a falta de técnica legislativa e de conhecimentos jurídicos, pois prevê que nos crimes de ação penal pública condicionada à representação como, por exemplo, no caso de lesão corporal leve, ameaça e estupro em que haja miserabilidade da violentada, pode a mulher ofendida “renunciar” à representação perante o Juízo, em “audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia”.

Desta forma, antes de ser instaurado o processo penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia, o que significa que o Ministério Público pode inclusive já ter oferecido a peça acusatória, ajuizado a denúncia (protocolizado o pedido condenatório), deve o Juízo designar audiência *específica* para saber se a ofendida “renuncia” ou não ao direito de representação.

Ora, se a lei preceitua que tal “renúncia” é antes do recebimento da denúncia, o Ministério Público não poderia sequer tê-la oferecido, por falta de representação (condição de procedibilidade), pois deve-se diferenciar renúncia, que é quando o titular do direito sequer exerce o direito, da desistência ou retratação, que é quando o titular do direito já exerceu, porém reconsidera, voltando atrás.

Se o “Parquet” já ofereceu denúncia é porque teve a representação, inclusive foi obtida pela autoridade policial (art. 12, inciso I), conseqüentemente na audiência suso referida, quando muito, poderá a ofendida desistir ou se retratar da representação oferecida.

Creemos que a hipótese é de retratação e não propriamente de renúncia!

Frise-se, ainda, que a lei em comento vai contra o moderno Direito Penal e à Emenda Constitucional n.º 45, que exige celeridade na prestação jurisdicional, sendo que, ao exigir esta audiência prévia e específica apenas para saber se a ofendida mantém o desejo em representar o ofensor já denunciado, é burocratizar em demasia, o que é lamentável, pois afasta a incidência da Lei n.º 9.099/95, as “medidas despenalizadoras” previstas neste ato normativo, quando cabíveis, tornando o rito mais demorado e burocratizado, apesar de exigir que o caso deva ter preferência (art. 33, parágrafo único), o que é um contra-senso, com a devida vênia.

2.7 – Das insuportáveis “cestas básicas”:

O artigo 17 demonstra qual foi a verdadeira intenção do legislador, ou seja, vedar a aplicação das denominadas “cestas básicas” e a aplicação de sanções pecuniárias. Não há dúvidas de que a “cesta básica” não é a melhor solução, sequer é uma verdadeira solução, mas isso não significa que a sanção pecuniária não seja interessante, o problema não é a medida, mas a forma como a mesma tem sido aplicada no caso concreto, realmente banalizando o fato, mas daí a ensejar tamanha mudança e “inovação” legislativa ...

Não há dúvidas também de que a pena restritiva de direitos não pecuniária é uma medida excelente, porém, no atual estágio, devem ser aprimorados mecanismos de fiscalização; como não se tem, ainda de forma eficaz, os magistrados optam pelas penas pecuniárias. Portanto, deveria a Administração Pública se reestruturar no sentido de viabilizar a aplicação de outras medidas restritivas, mas não apenas para os casos de violência doméstica e familiar.

Registre-se que o referido artigo 17 não vedou a aplicação das penas restritivas de direitos, apenas não permite que haja substituição por *pena pecuniária*.

2.8 – Das Medidas Protetivas Urgentes:

O artigo 18, que, de forma genérica, trata de medidas protetivas urgentes, causa enorme perplexidade, quer seja interpretado isoladamente ou de forma sistemática, senão vejamos:

Prevê que a “*pedido da ofendida*” o juiz, em 48 (quarenta e oito horas) deverá (dever-poder) adotar alguma medida protetiva, enquanto que no artigo 19, admite que tais medidas urgentes poderão ser concedidas judicialmente “*a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida*”. Pergunta-se: em sendo judicializada a questão, não poderia o Juízo atuar de ofício?

Analisando a lei em si, parece, lamentavelmente, não caber a atuação de ofício na tutela de urgência, pelos seguintes fundamentos:

A uma, porque a lei, expressamente, exige provocação pela ofendida ou pelo “*Parquet*”, não prevendo a atuação de ofício (“*pedido da ofendida*”);

A duas, porque quando o legislador quis admitir a atuação judicial de ofício o fez expressamente, como ocorreu no caso do artigo 20, que admite o decreto de prisão preventiva do agressor *de ofício* pelo Juízo;

A três, porque o parágrafo 1º *prevê que tal medida urgente “poderá” (dever-poder) ser concedida “de imediato” pelo Juízo*, independentemente da audiência das “*partes*”, o que não significa que a *atuação de imediato* possa ser considerada como *atuação de ofício*, pois atuar de imediato (de ofício ou não), significa que o magistrado, tão logo tome conhecimento do requerimento, da provocação, tem que atuar, decidir o mais rápido possível, ou seja, diz respeito à forma *célere* com que o magistrado deve decidir, mas não significa necessariamente que possa atuar de ofício, sem provocação. Em outras palavras, uma vez provocado, o Juízo deve atuar de imediato, de forma *célere*. Ademais, o próprio parágrafo 1º *prevê independentemente de “audiência das partes”*, o que significa que a medida pode ser concedida sem

ouvir a outra parte (o ofensor) e o Ministério Público, mas exige provocação, até porque, de acordo com o artigo 18, exige-se “pedido da ofendida”.

Particularmente, considerando que se trata de tutela de urgência, se o magistrado entender pela necessidade da medida, pode atuar de ofício, adotando-se uma interpretação teleológica da lei em questão.

Ainda com relação ao mencionado artigo 18, deve-se interpretá-lo em conjunto com os artigos 27 e 28, em que asseguram à mulher ofendida defesa técnica (defensor dativo ou constituído), porém no caso do artigo 19, a lei não exige a presença de advogado, o que significa que a medida de urgência pode ser elaborada pela ofendida sem a necessidade de defensor técnico, sendo de constitucionalidade duvidosa.

Ademais, o artigo 27 não andou bem, pois, ao invés de mencionar advogado, deveria ter mencionado defensor que abrange o advogado constituído, advogado dativo e defensor público, o que tornaria *despicienda* a redação do artigo 28.

Não se pode olvidar, ainda, que se na Comarca o “Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher” não tiver expediente noturno, no caso da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, não há dúvidas de que tal medida pode ser apreciada pelo Juízo do plantão noturno, mas se aquela possuir expediente noturno, deve a questão ser disciplinada pela Lei estadual de Organização Judiciária, evitando conflito de jurisdição, apesar de entender que a competência, neste caso, por ser mais específica, será do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar, face à especialidade.

Com relação ainda ao artigo 28, que trata da Assistência Judiciária gratuita, o legislador cometeu pleonasma, pois a Assistência Judiciária Gratuita abrange a Defensoria Pública, sendo que exige “atendimento específico e *humanizado*”, daí pergunta-se: o que seria humanizado?

O artigo 20, que trata da prisão preventiva, preceitua que esta prisão cautelar pode ser decretada, inclusive de ofício, “em qualquer fase do inquérito policial”, sendo que esta mesma lei, conforme já afirmado, nos artigos 13 e 33, admite a aplicação subsidiária do C.P.P. apenas à fase processual, silenciando quanto à fase inquisitorial, pré-processual. Em sendo assim, caberia a prisão preventiva do ofensor, na fase do inquérito policial, que cometeu lesão corporal leve ou simples ameaça? Pela leitura da lei, cremos que sim, mitigando, neste caso, as regras do Código de Processo Penal, apesar de que a prisão preventiva, que é medida extremada, excepcional, não se interpreta de forma ampliativa.

Interessante o preceituado no artigo 22, que trata de medidas protetivas urgentes que podem ser aplicadas em desfavor do ofensor, neste caso destacam-se as previstas nos incisos I, II, III (a), IV e V, senão vejamos :

No caso do inciso I, suspender a posse ou restringir o porte de arma é medida salutar, porém não basta comunicar aos órgãos competentes, havendo necessidade em se fazer busca e apreensão também, sob pena de a medida não ser eficaz.

Com relação ao inciso II, o afastamento do ofensor do lar configura a medida cautelar de “separação de corpos”, sendo que não será concedida pelo Juízo de Família, mas pelo “Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”.

O inciso III é bem interessante do ponto de vista formal, pois a alínea “a” prevê que o ofensor pode ser proibido de se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas dentro de um determinado limite territorial previamente fixado. Aqui o legislador infraconstitucional acolhe medida já existente no Direito Comparado, porém a questão mais complexa será fiscalizar o cumprimento de tal medida, bem como evitar abusos por parte da ofendida em detrimento do ofensor. Outro problema é no caso de o ofensor desrespeitar os limites territoriais, qual seria a sanção?

O maior problema, portanto, das medidas do inciso III será a fiscalização.

Em relação ao inciso IV, que prevê a “restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores”, deve ser interpretado e aplicado com muita cautela, pois pode o ofensor ser um péssimo marido, companheiro, mas excelente pai. Desta forma no caso concreto, deve ser adotada com muita cautela pelo Juízo.

O inciso V, que prevê “prestação de alimentos provisionais ou provisórios”, demonstra flagrante imprecisão, pois não fez a necessária distinção entre alimentos provisionais e provisórios, o que vai causar polêmica no âmbito do Direito de Família e nos Juízos de Família, admitindo-se tais medidas em decorrência de ação de separação judicial (provisionais) ou ação de alimentos (provisórios), causando divergências no campo da competência jurisdicional.

O parágrafo 2º fez referência expressa ao crime de desobediência (art. 330 do CP) quando este se refere à conduta praticada por particulares contra a Administração em geral e não por agentes públicos, o que demonstra o equívoco do legislador, pois a hipótese diz respeito, em especial, ao agente público.

O legislador também prevê medidas protetivas de urgência destinadas à ofendida, sendo que, no inciso III, de forma imprópria, prevê que poderá “determinar” o afastamento da ofendida do lar, quando melhor seria autorizar, pois, na realidade, está agindo em benefício da mesma e não em seu desfavor. Além do mais, no inciso IV, prevê a “separação de corpos”, o que creio que já esteja abrangido no inciso anterior.

No artigo 24, inciso II, o legislador acabou, sem grande técnica, excepcionando o Código Civil, pois proíbe a celebração de “contratos de compra e venda”, não fazendo qualquer distinção entre bens móveis e imóveis, exigindo autorização judicial, inclusive, se a venda for de bem móvel, caso se interprete literalmente. Já o inciso IV exige caução provisória “por perdas e danos materiais”, silenciando quanto ao dano moral potencial, mas não se pode perder de vista de que a violência contra a mulher não é só de caráter patrimonial, mas também psicológica ou moral (art. 7º, incisos II e V).

A lei não se esqueceu do Ministério Público, que atuará nas questões cíveis e criminais, devendo a Instituição se organizar “*interna corporis*” para definir as atribuições, reformulando as Promotorias de Justiça que atuam junto aos Juizados Especiais Criminais, Juízos de Família e Juízos Criminais, face à exigência da

criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sendo que transitoriamente as Varas Criminais ficarão, talvez, sobrecarregadas.

O artigo 33, dispositivo transitório, de forma equivocada, ao meu sentir, de constitucionalidade duvidosa, prevê que, enquanto não for estruturado o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a competência para apreciar as questões envolvendo a presente lei será dos Juízes Criminais e, conseqüentemente, a atribuição será das *respectivas* Promotorias de Justiça, que terão que apreciar questões cíveis e criminais. Diz-se inconstitucional, pois a presente lei ordinária foi editada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, sendo que há vício, pois a competência legislativa é estadual, sendo matéria de Organização e Divisão Judiciária.

Ainda no âmbito das perplexidades, o artigo 37 também se preocupou em prever a tutela dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos de relevância social), sendo de aplicação remota. Entretanto, deve ainda o "*Parquet*" interna corporis também definir quem possuirá atribuição, se serão as Promotorias de Tutela Coletiva da Cidadania ou se a Promotoria de Justiça em atuação junto ao respectivo Juizado, que atuará nas causas cíveis individuais e transindividuais e criminais.

Uma outra questão de constitucionalidade duvidosa consta no artigo 41 que, expressamente, afasta a incidência da Lei nº 9.099/95 aos crimes cometidos com violência doméstica ou familiar contra a mulher, o que significa que não podem ser aplicados : o rito sumaríssimo para uma ameaça, da mesma forma, não se admite composição civil, transação penal, muito menos suspensão condicional do processo, o que é, no mínimo, lamentável, ainda mais diante das novas tendências do Direito Penal no mundo contemporâneo, em que já há previsão e aplicação nos Ordenamentos Jurídicos de vários países europeus, como, por exemplo, português e alemão, dentre outros, do "Direito de Mera Ordenação Social", em que são previstas e punidas condutas de contra-ordenações, através de sanções pecuniárias sem caráter penal.

Creio que tal dispositivo ofende o artigo 98, inciso I, da CR/88, pois este prevê que compete ao Juizado Especial Criminal apreciar as infrações penais de menor potencialidade lesiva, porém a presente lei infraconstitucional **suprime** do JECRIM algumas infrações penais de menor potencialidade lesiva cometidas contra mulher em circunstâncias de violência doméstica e familiar, competindo ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o que não pode, pois a competência do JECRIM é constitucional e, por conseguinte, absoluta.

A questão complexa no caso é o legislador tratar de infrações penais de menor potencialidade lesiva fora da competência do JECRIM.

Com relação à lesão corporal, se esta for cometida nas circunstâncias do artigo 7º, a pena é de 03 (três) meses a 03 (três) anos, sendo criado um tipo qualificado de lesão corporal leve, podendo ter como sujeito passivo tanto homem quanto mulher. Neste caso, além de não ser infração de menor potencialidade lesiva, não se admite o "*sursis* processual" se a vítima for mulher, mas admite-se se a vítima for homem, face à redação do artigo 41, de constitucionalidade duvidosa, que veda a aplicação da Lei nº 9.099/95 e, conseqüentemente, do artigo

89 desta lei, mas repito, se a vítima for mulher, nas circunstâncias dos arts. 5º e 7º da Lei nº 11.340/2006.

Pontofinalizando, podemos afirmar que o legislador não andou bem, contribuindo para fomentar diversas discussões jurídicas e pragmáticas, demonstrando que ainda continua preocupado com reformas pontuais de eficácia discutida, quando, na realidade, deveria promover uma profunda alteração do Código Penal em conjunto com leis esparsas, bem como do Código de Processo Penal e da Lei nº. 7.210 (Execução Penal)

Esta é a singela contribuição .

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2006.

⁽¹⁾ CLÁUDIO CALO SOUSA é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor-palestrante da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ, Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro-FEMPERJ e Professor do Curso Preparatório Master Juris Professores Associados.
