

## **Direitos Humanos, Violência de gênero e Direito penal: primeiras considerações sobre a Lei 11.340/2006**

Carmen Hein de Campos

Uma das grandes contribuições do pensamento feminista ao direito foi revelar o androcentrismo de diversos discursos jurídicos considerados críticos. Um desses discursos críticos que sofreu o impacto da análise feminista foi o da criminologia crítica<sup>1</sup>. O ingresso do discurso feminista no mundo da criminologia permitiu desvelar que as categorias fundantes do discurso criminológico crítico escondiam valores patriarcais e excluíam de suas análises a categoria mulher(es). Por exemplo, originalmente, a tese da seletividade não contemplava a desigualdade de gênero. Igualmente, a crítica feminista demonstrou que tecnicismo e assepsia jurídica escondiam valores masculinos<sup>2</sup>. No âmbito internacional, o discurso feminista questionou o prevalente conceito de direitos humanos que negava aos direitos das mulheres a dimensão de direitos humanos. À ausência da perspectiva de gênero no direito é responsável pelo encobrimento da violência doméstica contra as mulheres (violência conjugal) como uma violação de direitos humanos, com a consequente negação do reconhecimento, por parte dos operadores de direito, dos tratados internacionais de direitos humanos das mulheres. Por exemplo, o Brasil é signatário desde 1984, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção das Mulheres) e da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) desde 1995. No entanto, juristas de várias matizes, inclusive críticos, ignoram por completo sua existência e negam eficácia jurídica a esses tratados.

Nesse sentido, o artigo de Maria Lucia Karam<sup>3</sup> é um exemplo do paradoximismo do pensamento criminológico crítico no Brasil, pois ao mesmo tempo em que afirma a existência dos direitos fundamentais em geral, particularmente nega os direitos fundamentais das mulheres. Sem discutir a violência de gênero, ou seu impacto sobre a vida concreta de mulheres, ou a real operacionalidade da Lei 9099/99 nos casos de

---

<sup>1</sup> A expressão criminologia crítica aqui é tomada em sua acepação mais ampla.

<sup>2</sup> A tese da legítima defesa da honra é um exemplo de como o tecnicismo foi empregado na elaboração de um discurso jurídico de justificação da supremacia de um valor masculino (honra) em detrimento de outro valor (vida).

<sup>3</sup> Artigo publicado no Boletim do IBCCRIM no. 168, nov. 2006.

violência doméstica ou a proposta apresentada pela Lei 11340/2006 de tratamento legal a esses casos, a autora utiliza tanto o discurso criminológico crítico quanto o discurso dogmático para tentar demonstrar que a Lei 11.340/2006 não só viola direitos fundamentais como alia o movimento feminista aos movimentos de lei e ordem.

Este artigo pretende discutir que a moderna concepção de direitos humanos não pode mais negar os direitos humanos das mulheres e que tanto o sujeito passivo da relação material do direito penal (a vítima) quanto o sujeito passivo da relação processual penal (o réu) merecem a tutela jurídica e que não há contradição entre a proteção de direitos fundamentais de ambos nos casos de violência doméstica. Nesse sentido, a Lei 11.340/2006 expressa tanto do cumprimento das obrigações internacionais do Estado brasileiro de proteger os direitos humanos das mulheres quanto o do feminismo-jurídico de devolver as prerrogativas da ampla defesa e do contraditório ao autor do fato, violentamente usurpados pela Lei 9099/95.

### **Violência doméstica: a especificidade de um delito de maior potencial ofensivo**

A expressão violência doméstica é aqui entendida como aquelas condutas ofensivas realizadas nas relações de afetividade ou conjugalidade hierarquizadas entre os sexos, que submetem, subjugam e impedem ao outro o livre exercício da cidadania

O art. 5º e seus incisos da Lei 11.340/2006 reproduzem a conceituação da violência doméstica estabelecida na Convenção de Belém do Pará<sup>4</sup>.

A violência doméstica distingue-se da maioria dos crimes pela existência de pelo menos, três características fundamentais: a) hierarquia de gênero; b) relação de conjugalidade ou afetividade entre os envolvidos; c) habitualidade da violência. A hierarquia de gênero implica na supremacia de um dos atores na relação e tem como consequência a negação ou submissão do outro. As relações hierarquizadas de gênero são fundadas socialmente e revelam a assimetria dos pares. Um dos polos da relação (em geral o feminino) é invisibilizado ou inferiorizado, tornando-se o alvo majoritário de uma violência que tem sido justificada social e juridicamente. Segunda característica que essa violência

---

<sup>4</sup> A Convenção de Belém do Pará define, em seu artigo 1º, a violência contra a mulher como “ação ou conduta baseada no gênero, que cause dano, morte ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.

apresenta é a relação existente entre os atores. Diferentemente de outros tipos de crimes, a relação estabelecida entre os atores jurídicos é uma relação de conjugalidade ou afetividade, em geral, constituída a longo prazo. A particularidade da relação afetiva entre o autor e vítima tem, historicamente, caracterizado essa violência como ‘privada’, (portanto não um delito), justificando a ausência ou insuficiência de proteção jurídica. Assim, os crimes de lesão corporal, ameaças e até mesmo tentativas de homicídio tem sido sistematicamente desqualificados como menores. A habitualidade é outra particular característica da violência doméstica. Os inúmeros registros de ocorrência reportados pelas mulheres nas delegacias policiais demonstram um padrão sistemático de violência, por um lado, e a ausência de uma proteção efetiva por outro. A persistência da habitualidade de um padrão de relação violenta associada à relação afetiva entre as partes faz com que a resposta tradicional do ordenamento jurídico seja obscurecer a existência de direitos (individuais) fundamentais das mulheres, demonstrando uma incapacidade de entender o caráter singular dessa violência. Essa é a consequência derivada da Lei 9099/95 ao classificar os delitos de pouca ofensividade pela medida da pena. O critério adotado pela Lei desrespeita a valoração normativa do bem jurídico tutelado e, se aplicado indistintamente aos casos de violência conjugal, implica a negação da tutela jurídica aos direitos fundamentais das mulheres<sup>5</sup>.

Esse critério também se revelou problemático porque a violência doméstica, por se tratar de comportamento reiterado e cotidiano, carrega consigo grau de comprometimento emocional (medo paralisante, p. ex.) que impede as mulheres de romper a situação violenta e de evitar outros delitos simultaneamente cometidos (estupro, cárcere privado entre outros). A noção de delito de menor potencial ofensivo ignora, portanto, a escalada da violência e seu verdadeiro potencial ofensivo<sup>6</sup>. Inúmeros estudos têm demonstrado que a maioria dos homicídios cometidos contra as mulheres, os chamados *crimes passionais*, ocorrem imediatamente após a separação<sup>7</sup>. Nesses casos, as histórias se repetem:

---

<sup>5</sup> Ver Carmen Campos e Salo Carvalho. Violência doméstica e juizados especiais criminais: análise desde o feminismo e o garantismo. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 14(2) 409-422, maio/agosto, 2006.

<sup>6</sup> Nesse sentido Campos e Carvalho, *supra*.

<sup>7</sup> Neste sentido, Mariza Correa (1983); Suelu Almeida (1998) e Maria Eluf (2002).

inúmeras tentativas de separação, seguidas de agressões e ameaças, culminam em homicídio<sup>8</sup>.

A categoria dogmática “crime de menor potencial ofensivo” não incorpora, igualmente, o comprometimento emocional e psicológico e os danos morais advindos de relação marcada pela habitualidade de violência, negando-se seu uso como mecanismo de poder e de controle sobre as mulheres<sup>9</sup>.

Como afirmado em outro lugar<sup>10</sup>:

“Ao não ser aplicado o critério de *bem jurídico* (tipicidade material) para definir quais seriam os crimes de menor potencial ofensivo, mas a pena aplicada, foram criadas situações absolutamente paradoxais, como é o caso de adjetivar a maioria dos atos de violência doméstica como crimes menores. Lembre-se que na definição dos crimes hediondos (Lei 8072/90) o legislador optou pelo critério diferenciando, enumerando explicitamente, a partir da gravidade da lesão ou da reprovabilidade do ato, os tipos penais que conformariam a classe delitiva. O respeito ao critério do bem jurídico por si só excluiria a violência doméstica dessa adjetivação que, no caso específico de crimes contra as mulheres, acaba por tornar-se, do ponto de vista político-criminal, absolutamente pejorativa”.

Essa diferenciação de gênero expressa pela Lei 11.340/2006, ao contrário do que pensa Maria Lúcia Karam não é uma “irrelevante” particularidade, mas o que fundamentalmente distingue a violência doméstica de outros crimes. É exatamente a gravidade do atos que conformam a violência doméstica que a tornam essa particularidade relevante, por si só, capaz de ensejar e justificar um tratamento legal diferenciado.

Por isso, não há que se falar em violação de direitos fundamentais a exclusão da aplicação da pena pecuniária ou de pagamento isolado de multa feitos pela Lei 11.340/2006, regulada em conformidade com a Constituição (art. 5º, XLVI) em virtude tutela do bem jurídico. Ao contrário, a manutenção dessas penas se aplicadas aos crimes de violência doméstica implicaria na violação dos direitos fundamentais das mulheres e na negação de isonômica proteção jurídica a graves atos de violência.

Como consequência, não cabe nem a composição civil de danos nem a transação penal aos casos de violência doméstica. Igualmente, como o próprio nome está a indicar o

---

<sup>8</sup> O caso do jornalista Pimenta Neves exemplifica a escalada da violência que culminou com o homicídio da também jornalista Sandra Gominde.

<sup>9</sup> Neste sentido, TAVARES (1995 p.291).

<sup>10</sup> Campos e Carvalho, p.417.

delito de “violência” doméstica implica na existência de violência excluindo, portanto, a incidência da regra dos artigos 43 a 48 do Código Penal, pela inexistência de um de seus requisitos “ausência de violência ou grave ameaça à pessoa”.

Por outro lado, o argumento de que a Lei 11.340/2006 violaria os direitos das crianças e adolescentes ao permitir o afastamento do agressor do lar é absolutamente improcedente. As medidas previstas no artigo 22 da Lei tem caráter protetivo. Há farta literatura disponível para demonstrar os efeitos psicológicos danosos da exposição de crianças e adolescentes a ambientes familiar violentos. A literatura e a experiência também demonstram que em geral, a violência doméstica cometida contra as mulheres é extensiva aos filhos. Lembre-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite a suspensão ou a perda do pátrio poder de um dos cônjuges em caso de violação dos direitos da criança ou do adolescente (art. ). Aliás, a existência de abusos por pais, padrastos não é uma raridade e comumente fundamenta pedidos de suspensão ou perda do pátrio poder. Por isso, quando constatada a existência de violência contra a mulher, o magistrado não só pode como deve, decretar a medida protetiva, já que a exposição de uma criança a ambiente familiar onde um dos cônjuges é submetido a constantes maus-tratos não é um ambiente que permita o pleno desenvolvimento físico, emocional, mental, moral e psicológico da criança. No entanto, antes da concessão da medida, o magistrado ouvirá a equipe multidisciplinar, encarregada de uma avaliação cuidadosa do caso. A produção de relatório a ser produzido pela equipe multidisciplinar indicará a extensão da violência e seus reflexos sobre o desenvolvimento psíquico da criança, em conformidade com o art. 19 (2) da referida Convenção.

Aliás, a Convenção dos Direitos da Criança não só assegura a proteção da criança contra maus-tratos como autoriza a separação do convívio dos pais quando houver violação de seus direitos visando garantir o seu superior interesse (artigo 9). Igualmente, o artigo 19 da mesma Convenção obriga o estado signatário a tomar todas as medidas para proteger a criança contra todas as formas de violência física, mental ou dano dentre outras violências. A exposição a um ambiente familiar violento não parece ser um ambiente saudável para o pleno desenvolvimento da criança tanto na forma estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto na Convenção sobre os Direitos da Criança.

A interpretação conjugada do artigos 226 § 8º da Constituição Federal<sup>11</sup>, da Lei 11.340/2006, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Convenção de Belém do Pará, da Convenção das Mulheres (CEDAW) e da Convenção da Criança revela que o estado tem o dever de garantir uma vida livre de violência tanto para as mulheres quanto para seus filhos. Dessa forma, a Lei 11.340/2006 está a expressar, não só a preocupação com a mulher, mas também que a violência doméstica alcance a criança. Não há portanto, nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade que possa ser inferida da referida previsão normativa.

Outro aspecto a ser mencionado é que a Lei 11.340/2006 ao impedir a incidência da Lei 9099/2006 sobre comportamentos que caracterizam a violência doméstica, devolveu ao acusado de tais atos, o princípio do contraditório e da ampla defesa. A Lei 9099/95 através do instituto da transação penal permitiu a aplicação da pena sem investigação preliminar e sem o contraditório, violando o princípio do devido processo penal. Como afirmamos<sup>12</sup>:

“O instituto da transação penal, pelos efeitos que produz, seja no caso de cumprimento, seja de descumprimento, traz consigo inerentes limitações aos direitos fundamentais, dados os deveres de contraprestação assumidos. Assim, fundamental seria a definição das condições razoáveis para o pleno exercício do contraditório, ou seja, como ensina Geraldo Prado, que se dispusesse, de fato, de um verdadeiro procedimento jurisdicional conforme a noção de devido processo legal, permitindo ao autor do fato dar sua versão, inclusive negando os fatos imputados. Imprescindível, nesse quadro, imputação de fato típico (crime), singularizado na peça acusatória (denúncia), como pressuposto da transação (aplicação da pena). Incabível, portanto, a imposição, por parte do Ministério Público, de condições transacionais pouco afeitas às condições pessoais do imputado. A formulação da proposta, como ocorre nos casos de suspensão condicional do processo (de conhecimento e de execução) e nas decisões condenatórias, deve estar amparada pela análise das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso, isto é, de dados que digam respeito ao autor do fato e ao fato praticado pelo autor. Em se tratando de decisão com efeitos limitativos aos direitos fundamentais, necessariamente deve estar balizada pelo princípio constitucional da individualização” (art. 5º, XLVI).

---

<sup>11</sup>

<sup>12</sup> Conforme Campos e Carvalho, p.418

Portanto, muito mais do que aumentar a pena nos casos de violência doméstica, a Lei 11.340/2006 restabelece os princípios constitucionais penais usurpados pelos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Por fim, cabe mencionar que a aplicação da Lei 9099/95 viola não só direitos fundamentais das mulheres como dignidade, liberdade, igualdade (art. 5º da Constituição) bem como os direitos previstos no art. 4 da Convenção de Belém do Pará como integridade física, mental e moral (b), liberdade e segurança pessoais (c), dignidade (e), igual proteção da lei e perante a lei (f), direito a recurso simples e rápido perante a tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos (g). A real operacionalidade da Lei 9099/95 viola todos esses direitos humanos das mulheres.

Viola ainda a Convenção das Mulheres e sua Recomendação Geral 19 que considera a violência contra as mulheres como discriminação.

Um olhar cuidadoso sobre a Lei 11.340/2006 permite observar que a lei cria um novo paradigma jurídico para o tratamento da violência de gênero baseado na moderna concepção de respeito aos direitos humanos de vítimas e acusados. Os mecanismos de proteção propostos articulam, pela primeira vez na legislação doméstica, o processo penal para atender as necessidades das vítimas, estabelecendo um direito penal que responde às diversas demandas de uma mulher em situação de violência doméstica respeitando os direitos do acusado. Preocupa-se também com a criação e articulação de serviços e políticas destinados à prevenção da violência.

A acusação de que o feminismo invariavelmente recorre ao direito penal como ‘solução para todos os males’, demonstra não só desconhecimento sobre as diversas posições feministas existentes como também a manutenção de um discurso blindado à perspectiva dos direitos humanos das mulheres. Assim como o feminismo tem avançado em suas análises a partir de sua renovada crítica interna, a crítica criminológica precisa ampliar o seu olhar, incluindo verdadeiramente a perspectiva de gênero. Articular na análise crítica direitos humanos de homens e mulheres é um desafio de todos os pensamentos críticos ou emancipatórios. O feminismo jurídico há muito absorveu a crítica criminológica no entanto, a crítica criminológica ainda resiste em incorporar a ótica feminista. Ao negar a crítica feminista, o pensamento criminológico crítico torna-se supostamente progressista, já que não consegue superar o seu original androcentrismo.