

## PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006

PARAMETERS FOR THE IMPLEMENTATION OF LAW 11.340/2006

PARÁMETROS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 11.340/2006

### **Resumo:**

*A Lei 11.340/2006 fez o cruzamento de dois problemas diversos, a violência discriminatória contra a mulher e a violência doméstica ou familiar, os quais mereceriam tratamento jurídico específico. A violência de gênero é aquela relacionada a um viés cultural historicamente determinado, fundado em concepções de inferioridade feminina, constituindo discriminação contra a mulher. A interpretação da Lei 11.340/2006 deve levar em conta dois parâmetros: o combate à violência discriminatória contra a mulher e a proteção da família. Uma interpretação excessivamente rigorosa da Lei 11.340/2006 pode gerar ambiguidade, pois aumenta a vulnerabilidade da família. A vedação presente no art. 41 da Lei 11.340/2006 aplica-se apenas aos crimes. A interpretação do art. 41 da Lei 11.340/2006 deve ser sistêmica, entendendo-se este como mera restrição do conceito de infração de menor potencial ofensivo, não sendo vedada a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo.*

### **Abstract:**

*Law 11.340/2006 has crossed two different problems, discriminatory violence against women and domestic or family violence, which deserve special legal treatment. Gender violence is the one related to a historically determined cultural bias, founded on notions of female inferiority, constituting discrimination against women. The interpretation of Law 11.340/2006 must consider two parameters: the discriminatory violence combating against women and the protection of the family. An overly strict interpretation*

---

\* Mestre em Filosofia pela UFG. Promotor de justiça do MP-GO.

of the Law 11.340/2006 can generate ambiguity, because it increases the vulnerability of the family. The seal in the article 41 of the Law 11.340/2006 is applied only for crimes. The interpretation of article 41 of the Law 11.340/2006 must be systemic, understanding this as a mere restriction of the concept of breach of minor offenses, not being prohibited the application of the Institute of probation process.

**Resumen:**

La Ley 11.340/2006 hizo el cruce de dos problemas diferentes, la violencia contra la mujer y la violencia doméstica o familiar, que merecen un tratamiento jurídico especial. La violencia de género se relaciona con un sesgo cultural históricamente determinado, fundado en las nociones de la inferioridad femenina, que constituye discriminación contra la mujer. La interpretación de la Ley 11.340/2006 debe considerar dos parámetros: la lucha contra la violencia discriminatoria contra la mujer y la protección de la familia. Una interpretación demasiado estricta de la Ley 11.340/2006 puede generar ambigüedad, ya que aumenta la vulnerabilidad de la familia. El sello presente en el artículo 41 de la Ley 11.340/2006 sólo se aplica a los crímenes. La interpretación del artículo 41 de la Ley 11.340/2006 debe ser sistémica, entendiéndose este artículo como una simple restricción del concepto de incumplimiento de los delitos menores, no se prohibiendo la aplicación del instituto de la suspensión condicional del proceso.

**Palavras-chaves:** *Violência doméstica, Lei 11.340/2006, Lei 9.099/1995, interpretação sistêmica.*

**Keywords:** *Domestic violence, Law 11.340/2006, Law 9.099/1995, systemic interpretation.*

**Palabras clave:** *Violencia doméstica, Ley 11.340/2006, Ley 9.099/1995, interpretación sistémica.*

## GÊNESE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CRÍTICA AO LEGISLADOR

Na família brasileira, homens e mulheres possuíam papéis diversos. O homem exercia autoridade sobre a mulher no casamento – ou seja, o direito de se fazer obedecer por ela – e, em contrapartida, possuía responsabilidades exclusivas.

De fato, o Código Civil revogado (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916) relacionava originariamente a mulher casada entre os relativamente incapazes (art. 6, II), situação que só foi modificada com o advento da lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. O marido era o chefe da sociedade conjugal (art. 233, *caput*). A ele competia a representação legal da família e a administração dos bens do casal (art. 233, incisos I e III). Em contrapartida, era o responsável pela manutenção da família (art. 233, inciso V). De qualquer modo, à mulher que exercesse atividade lucrativa já era garantido o direito de praticar todos os atos necessários ao seu exercício e de dispor livremente do produto de seu trabalho (art. 246), ainda que fosse necessária, no caso de mulher casada, a autorização de seu marido para o exercício de sua profissão (art. 233, inciso IV). Tal situação jurídica, porém, não existe mais. O ordenamento jurídico garante atualmente a homens e mulheres, em sede constitucional, poderes e responsabilidades iguais no casamento e fora dele.

A concepção que perpassa a Lei 11.340/2006 aduz que, embora haja igualdade jurídica, o homem continua exigindo da mulher a submissão outrora prevista em lei. A história teria criado na consciência coletiva um **estereótipo**, uma concepção rígida, resistente às mudanças sociais e jurídicas, em que o papel da mulher é de submissão ao homem. Isso, na prática, geraria **discriminação**, ou seja, tratamento diferenciado às mulheres, com a persistente distinção entre homens e mulheres na vida familiar. Como veremos mais detidamente a seguir, a lei em tela busca seus fundamentos normativos no art. 226, § 8º, da CR, e em duas convenções internacionais. A violência contra a mulher seria consequência de “relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens” – como estatui a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, logo em suas

considerações preliminares.

Para compreender a violência doméstica contra a mulher, contudo, é preciso ainda aprofundar nossa reflexão. Primeiramente, parece evidente que da autoridade não decorre necessariamente a violência. Quando temos em mente a relação entre homens e mulheres, hoje marcada por forte demanda de efetiva igualdade, a qual já está consagrada no ordenamento jurídico, qualquer forma de autoridade masculina parece-nos perniciosa. Todavia, se tomarmos em consideração a autoridade dos pais sobre os filhos, ou dos professores sobre os alunos, torna-se claro que a violência guarda relação com os limites da autoridade, não com a autoridade em si. Assim, fazia parte do normal exercício da autoridade paterna corrigir os filhos por meio de leves castigos físicos. De modo semelhante, havia, nas escolas, o uso de palmatórias como meio de correção. A autoridade de pais e professores, portanto, estendia-se ao ponto de permitir a violência física, ainda que moderada.

O ponto de partida de nossa reflexão é bem simples: os atos de violência praticados contra a mulher em âmbito doméstico e familiar, cujas espécies vêm arroladas no art. 7º da Lei 11.340/2006, e sobretudo aqueles atos de violência que escandalizam a opinião pública, sempre decorreram, mesmo antes de alcançada em nosso país a igualdade jurídica entre homens e mulheres, do abuso de autoridade por parte do homem, não da autoridade em si, porquanto esta não abrangia o direito ao uso de violência. Em outras palavras, resultavam do extrapolamento dos limites dessa autoridade em família. Tomando como verdadeira tal assertiva, somos então levados a perquirir se existem, no âmbito doméstico e familiar, particularidades que, comparativamente a outras esferas, deem mais ensejo a abusos, para assim podermos entender a gênese da violência em seu seio.

Podemos destacar três elementos característicos do âmbito doméstico e familiar: a) vínculos afetivos; b) relações de dependência; e c) reduzida visibilidade. Tais elementos atuam como fatores que tornam mais provável a conivência e a leniência com os atos de violência ali praticados. Há, portanto, mais disposição em aceitar atos criminosos, pois a ação repressiva do Estado pode levar à ruptura ou ao estremecimento de tais vínculos, gerando dor e abandono. Ademais, a provocação da ação estatal, uma vez que o delito

ocorre entre quatro paredes, depende, mais do que em outros casos, da iniciativa da ofendida ou de seus familiares. Há, assim, mais tendência ao abuso das circunstâncias favoráveis ao agressor.

A palavra *abuso* traz o sentido de descomedimento e uso desvirtuado. Trata-se, sempre, do extrapolamento de um poder, seja por excesso ou desvio. O abuso ocorre sempre a partir de um poder, seja de qual espécie for. Chegamos assim de volta à questão da autoridade, ou seja, do direito de se fazer obedecer. A autoridade marital, quando prevista no ordenamento jurídico, era apenas uma das formas de poder ou vantagem das quais se poderia abusar. Se a relação jurídica historicamente desigual já desapareceu, persistem, porém, na consciência coletiva, concepções por ela marcadas, as quais permitem a alguns homens arrogar para si a autoridade que não mais possuem. Todavia, tais estereótipos continuam a inserir-se no contexto maior das formas de poder ou vantagem das quais se pode abusar.

E quais seriam essas formas de poder ou vantagem? Sem pretensão de esgotar o assunto, poderíamos relacionar aqui a força física, a ascendência moral e a dependência econômica ou afetiva de outrem.

Assim, numa contenda entre dois irmãos já adultos, um deles, mais forte fisicamente, poderá, no recinto familiar, espancar o outro, provocando-lhe lesões corporais leves. Seus pais podem aplicar-lhe alguma reprimenda, mas é provável que evitem noticiar o fato aos órgãos públicos, com o fim de dar início à persecução penal.

Do mesmo modo, o avô que resida com o filho, aproveitando-se de sua ascendência moral sobre os netos, poderá ofender verbalmente um deles, já maior de idade, chamando-o de “vagabundo e malandro”, sem que este reaja ou se disponha a noticiar à polícia a conduta injuriosa.

Ainda, o desempregado que resida temporariamente na casa da irmã casada poderá ser vítima de ameaça de mal injusto e grave por parte do marido desta, sendo posteriormente convencido pela irmã a não noticiar o fato às autoridades, sob o argumento de que o ofendido não tem onde residir.

Finalmente, o pai agredido por seu filho poderá deixar de

noticiar à polícia as lesões corporais sofridas, pois o ama e acredita que eventual processo acabaria com toda e qualquer chance de reconciliação.

Tais exemplos, por sua verossimilhança, revelam que os elementos característicos do âmbito doméstico e familiar – vínculos afetivos, relações de dependência e reduzida visibilidade – podem contribuir para a vitimização de pessoas de ambos os sexos, não apenas de mulheres. Aliás, se observarmos as relações atuais entre os sexos, tendo como pano de fundo as formas de poder ou vantagem anteriormente analisadas, concluiremos que o estereótipo de superioridade masculina, com consequências discriminatórias para a mulher, insere-se nelas. Estando já estabelecida a igualdade jurídica entre homens e mulheres, e considerando o aumento substancial da participação feminina no mercado de trabalho, resta apenas o estereótipo de superioridade masculina, que dá a este pretensa ascendência moral sobre a mulher. Desse modo, alguns homens continuam a agir a partir de concepção extemporânea, na qual se cristalizaram as vantagens outrora existentes – o estatuto jurídico e a dependência econômica –, tentando impor sua vontade à da mulher.

A par disso, convém tecer algumas considerações acerca da superioridade física do homem sobre a mulher. O homem, em geral, é não só mais forte do que a mulher, mas também mais agressivo – ou seja, revela mais disposição para lançar mão de sua força física. Esse fator, todavia, é periférico no contexto da Lei 11.340/2006. Primeiramente, a agressividade por si só não se dirige especificamente contra mulheres, podendo atingir indistintamente a todos. Em segundo lugar, essa agressividade não se limita ao âmbito doméstico, atuando em todas as esferas. Por fim, a superioridade física é reversível por várias circunstâncias. Um homem doente deixa de ter vantagem sobre uma mulher sadia, do mesmo modo que um homem desarmado possui potencial lesivo menor do que uma mulher armada. Assim, não obstante o homem possa praticar violência contra a mulher a partir dessa sua posição vantajosa – ou seja, aproveitando-se de sua maior força física –, sua relação com estereótipos de superioridade masculina e com o próprio âmbito doméstico e familiar é meramente circunstancial. A lei que pretendesse compensar a superioridade física do agressor não teria

motivos razoáveis para limitar a sua aplicação aos âmbitos abrangidos pela lei ora em estudo, nem para definir restritivamente o perfil do agressor e do ofendido.

Neste ponto, é possível concluir que a violência doméstica ou familiar é fenômeno mais amplo que a violência de gênero praticada contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar. Melhor seria, portanto, que o legislador, seguindo a linha do art. 226, § 8º, da Constituição da República, tivesse criado mecanismos para coibir, de modo geral, a violência no âmbito em tela. Isso traria mais garantias às próprias mulheres, porquanto os casos de violência que não se ajustam ao conceito de violência de gênero estariam abrangidos pela lei. Ademais, o ordenamento jurídico forneceria mecanismos jurídicos mais adequados aos demais casos – como os anteriormente exemplificados – em que o ofendido é do sexo masculino.

O risco decorrente de um diploma legal como o ora analisado é que, buscando contrabalançar o estereótipo de inferioridade feminina, o recurso à lei e a aplicação desta passem a ter como referência um discurso estereotipado de viés oposto, ou seja, de vulnerabilidade generalizada da mulher no âmbito doméstico e familiar. Nesse caso, corre-se o risco de que a criação de vantagens jurídicas à mulher nesse campo sirva – semelhantemente ao que ocorria outrora com a autoridade masculina – de pretexto para abusos, gerando injustiças e sobrecarregando desnecessariamente o juízo criminal.

Na verdade, a Lei 11.340/2006 fez uma intersecção entre as convenções e o dispositivo constitucional mencionados em seu art. 1º. Houve o cruzamento de dois problemas diversos: a violência discriminatória contra a mulher e a violência doméstica ou familiar. Esse cruzamento, todavia, mostra-se inconveniente, pois ambos os problemas, conquanto apareçam eventualmente unidos, possuem peculiaridades que mereceriam tratamento jurídico específico.

## ABRANGÊNCIA DA LEI 11.340/2006

O âmbito de aplicação da Lei 11.340/2006 vem definido sobretudo em seu art. 5º, que dispõe o seguinte:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe **cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial**:

I - no **âmbito da unidade doméstica**, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - **no âmbito da família**, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em **qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Segundo esse dispositivo, portanto, a **violência doméstica e familiar contra a mulher** configura-se quando a ação ou omissão satisfaça, simultaneamente, os seguintes requisitos:

- a) seja baseada no gênero;
- b) cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher;
- c) ocorra no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

O item **a)**, utilizando-se do verbo “basear”, seguido da preposição “em”, remete-nos ao **fundamento** da conduta; o item **b)**, fazendo uso do verbo “causar”, refere-se à **consequência** da conduta; finalmente, o item **c)**, utilizando-se do verbo “ocorrer”, seguido da preposição “em”, trata da **localização** da conduta.

O art. 7º da Lei 11.340/2006 preocupa-se em definir os



requisitos do item **b)**, ou seja, as **consequências** da ação ou omissão. Contudo, não basta que a ação ou omissão se enquadre num dos incisos desse artigo, sendo indispensável que ela satisfaça ainda os requisitos dos itens **a)** e **c)**, isto é, **seja baseada no gênero** (fundamento) e **ocorra no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto** (localização).

Os incisos do próprio art. 5º definem a abrangência dos conceitos de **unidade doméstica, família e relação íntima de afeto**, portanto, não há dúvidas quanto ao item c). Todavia, a lei não nos apresenta nenhum subsídio para definir os contornos do item **a)**. Faz-se, assim, necessário perquirir: **em que consiste, afinal, o conceito de ação e omissão baseada no gênero?**

### **Conceito de ação ou omissão baseada no gênero**

Observe-se, de início, que a Lei 11.340/2006, já em seu art. 1º, faz menção expressa ao seus fundamentos normativos:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher** e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Assim, devemos considerar, em nossa reflexão o art. 226, § 8º, da CR, e duas convenções internacionais, quais sejam, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Como a **Constituição da República**, em seu art. 226, § 8º, nada fala acerca de violência de gênero, a resposta a essa questão deve advir da análise das duas convenções mencionadas.

Vejam, inicialmente, o que dispõe a **Convenção sobre**

## a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:

O art. 16 prevê que os Estados-Partes devem adotar “todas as medidas adequadas para **eliminar a discriminação** contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, [...] com base na **igualdade** entre homens e mulheres [...]”.

O conceito de **discriminação**, por sua vez, vem definido logo no art. 1º como

toda a distinção, exclusão ou restrição **baseada no sexo** e que tenha por objeto ou resultado **prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher**, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, **dos direitos humanos e liberdades fundamentais** nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Já a **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, em termos estruturalmente semelhantes aos utilizados no art. 5º, *caput*, da Lei 11.340/2006, define violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.

O conceito de conduta **baseada no gênero** pode ser inferido dos arts. 6º e 8º. O art. 6º esclarece que

o direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui, entre outros [...] o direito [...] de ser livre de toda forma de **discriminação** e [...] ser valorizada e educada livre de **padrões estereotipados** de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em **conceitos de inferioridade ou subordinação**.

O art. 8º, por sua parte, estatui para os Estados Partes a obrigação de

contrabalançar **preconceitos e costumes** e todo outro tipo de

práticas que se baseiem na premissa da **inferioridade ou superioridade** de qualquer dos gêneros ou nos **papéis estereotipados** para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher.

Pela análise desses dispositivos, percebe-se que dois conceitos são fundamentais para determinar o que seja violência de gênero: **estereótipo** e **discriminação**. Podemos, assim, definir **violência de gênero** como **aquela relacionada a um viés cultural historicamente determinado, fundado em concepções - expressas ou não - de inferioridade feminina (estereótipo), constituindo desrespeito à isonomia entre os sexos no gozo dos direitos constitucionalmente assegurados à mulher (discriminação)**.

Em termos mais práticos, pode-se dizer que o fenômeno da violência de gênero surge em ambientes estigmatizados pela concepção de inferioridade feminina, ou em condutas que revelem a tentativa de submeter a mulher aos ditames de tal concepção. Nem toda violência praticada contra a mulher em âmbito doméstico ou familiar constitui violência de gênero. Se tanto o **contexto** (ambiente de relações estereotipadas) quanto a **motivação** (intenção discriminatória) estiverem ausentes, não há violência de gênero.

Para fins de ilustração, suponhamos que numa família com três filhos adultos, no interior da unidade doméstica, um deles pratique a contravenção de vias de fato contra seus dois irmãos, um homem e uma mulher, porque estes tentavam impedi-lo de ter acesso a uma garrafa de pinga guardada no armário. Não há indícios, no caso, de que a violência tenha ocorrido em meio a relações estereotipadas (contexto) ou decorrido de intenção discriminatória (motivação). Tanto o irmão quanto a irmã foram vítimas da mesma forma de violência, pelo mesmo motivo – qual seja, por terem tentado impedir o acesso à garrafa. Em casos semelhantes, há que se reconhecer tranquilamente a não aplicação da Lei 11.340/2006 à contravenção de vias de fato praticada contra a jovem irmã. A competência para o feito, portanto, será do juizado especial criminal.

Relativamente ao âmbito de aplicação do diploma em estudo, cumpre analisar ainda a seguinte questão: **os casos de agressão praticada por mulher contra mulher podem subsumir-se à Lei 11.340/2006?**

## Mulher agressora e Lei 11.340/2006

Ressalte-se, a princípio, que embora a lei, ao longo de seu texto, faça uso apenas do substantivo masculino agressor, não há limitação expressa dessa figura a pessoas do sexo masculino. O único dispositivo que aparentemente tangencia a questão é o parágrafo único do art. 5º, ao estabelecer que é indiferente para a aplicação da Lei 11.340/2006 a orientação sexual das pessoas em relação doméstica, familiar e afetiva, na forma de seus incisos. Parece-nos, contudo, que o único e exato sentido do texto em tela é tornar claro que a homossexualidade da vítima ou do agressor não afastam a proteção da lei, desde que presentes os demais requisitos para a aplicação desta. O dispositivo não tem em mira, especificamente, os casos de mulher agredida por outra mulher, em relações homoafetivas, com o escopo de que estas possam, sem nenhuma distinção dos casos típicos de agressão a mulheres praticada por homens, subsumir-se à Lei 11.340/2006. Tal interpretação significaria ampliar indevidamente a sua abrangência.

Entendemos, portanto, que o parágrafo único remete-nos à hipótese genérica de mulher homossexual agredida por outrem em qualquer das situações previstas nos incisos do art. 5º, ou de mulher agredida por pessoa homossexual nas mesmas circunstâncias, significando apenas que a homossexualidade, por si só, não exclui a aplicação da lei 11.340/2006.

De qualquer modo, nos casos de violência de mulher contra a mulher – independentemente de ocorrerem em relações homoafetivas ou não – há que se reconhecer a dificuldade de que a ação ou omissão satisfaça a exigência de ser *baseada no gênero*. Embora possível em tese, a aplicação da lei nesses casos deve restringir-se a situações em que a relação entre agressora e ofendida, de algum modo, tenha se inserido na visão estereotipada e discriminatória combatida pela lei, gerando significativo desequilíbrio em desfavor da vítima. Não sendo assim, o princípio justificador da Lei 11.340/2006 – a ideia de *tratar desigualmente os desiguais* – não poderá ser aplicado razoavelmente.

Concluindo, não obstante a Lei 11.340/2006 possa, em tese, ser aplicada aos casos de violência praticada por mulher contra mulher, há que se verificar se a conduta satisfaz a exigência

de ser baseada no gênero, o que, na prática, tornará rara a sua aplicação.

## PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO DA LEI 11.340/2006

Veja-se, de início, o que dispõe o art. 4º da Lei 11.340/2006:

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os **fins sociais** a que ela se destina e, especialmente, as **condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar**.

A interpretação deve considerar, então, os **fins sociais e as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica**. Para a determinação dos fins sociais da lei, é útil voltarmos, mais uma vez, às convenções já mencionadas.

A **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, como revela o próprio nome, tem como finalidade combater toda e qualquer forma de discriminação, não apenas aquela ocorrida no âmbito de relações domésticas, familiares ou afetivas. Seu art. 1º não deixa dúvidas quanto a isso ao dispor sobre

toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais **nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo**.

Também a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher não restringe a sua aplicação às relações domésticas, familiares e afetivas, tratando da violência em geral contra a mulher. Seu art. 1º, conquanto possua

afinidades estruturais com o art. 5º da Lei 11.340/2006, não usa a expressão “doméstica e familiar” e ressalta, ao final, a sua aplicação em todas as esferas da sociedade. Em sua integridade, reza o citado dispositivo:

Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por **violência contra a mulher** qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, **tanto no âmbito público como no privado**.

Em verdade, a Lei 11.340/2006 mesclou a finalidade das convenções supramencionadas – ou seja, combater genericamente a discriminação e a violência contra a mulher – com o escopo do art. 226, § 8º, da Constituição da República, que é “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram” e a criação de “mecanismos para **coibir a violência no âmbito de suas relações**”. Esse artigo constitucional, em seu *caput*, estabelece a família como “base da sociedade” e merecedora de “especial proteção do Estado”.

Nessa linha de pensamento, podemos afirmar que, para a consideração dos  **fins sociais**  da Lei 11.340/2006, as convenções em tela e os dispositivos constitucionais já mencionados nos fornecem dois parâmetros: o **combate à violência discriminatória contra a mulher e a proteção da família**. Tais parâmetros nos levam a outro conceito presente no art. 4º do diploma em estudo, qual seja, **as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar**. A vítima encontra-se em situação de vulnerabilidade em relação ao agressor (violência discriminatória), mas ambos podem também estar inseridos num contexto social específico, merecedor de especial proteção estatal (proteção à família).

Uma interpretação excessivamente rigorosa da Lei 11.340/2006 pode colocar-nos diante de grave ambiguidade. Não obstante o viés punitivo da lei, corolário do combate à violência discriminatória contra a mulher, não se mostra menos evidente que é justamente no meio doméstico e familiar que a aplicação da pena, em determinadas circunstâncias, pode se mostrar mais pernicioso. Nesse âmbito, acusado e vítima estão ligados por vínculos afetivos

e empenhados na vida em comum. Ademais, possuem vínculos afetivos e de dependência com filhos e parentes.

Destaque-se, ainda, que o combate à violência discriminatória contra a mulher tem como objetivo alcançar a efetiva igualdade entre homem e mulher, garantindo a esta, como reza o art. 15, item 2, da **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, “uma **capacidade jurídica idêntica à do homem e as mesmas oportunidades para o exercício desta capacidade**”. Assim, nenhuma interpretação razoável da Lei 11.340/2006 pode levar o aplicador do direito a restringir o exercício da vontade da mulher, sob pena de submetê-la a situação semelhante à do incapaz, desvirtuando por completo a finalidade da lei. O art. 16 desse diploma, por exemplo, não obstante estabeleça, por cautela, condição específica para ser aceita a retratação por parte da mulher – qual seja, a sua oitiva em juízo –, não pode levar à conclusão de que a vontade da mulher deva possuir menos valor do que em processos onde a Lei 11.340/2006 não seja aplicável. Aliás, a retratação inequívoca de vontade da mulher feita apenas em fase inquisitorial, embora não seja suficiente para o arquivamento, deve ser cuidadosamente considerada pelo aplicador da lei. Assim, se a vítima não for localizada para a audiência do art. 16, ou não comparecer a esta, devem-se, no mínimo, esgotar as possibilidades de ouvi-la em juízo antes do oferecimento da denúncia. Agir diferentemente seria tratar a mulher como incapaz, o que contradiz os fins sociais da lei, vinculados à igualdade.

Não corresponde aos objetivos da lei, outrossim, o entendimento de que se deve restringir os casos de designação da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006. O que se tem observado, na prática, é o grande número de mulheres que, não obstante tenham registrado ocorrência policial, dando notícia da infração penal, manifestam posteriormente o interesse em que o feito não prossiga. Disso resulta que a investigação policial se mostre precária, insuficiente para o oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público. Nos casos de ação penal pública incondicionada, havendo denúncia ministerial, a instrução em juízo falha em provar a conduta do acusado, porquanto a principal testemunha reluta em repetir as informações prestadas na delegacia, ou mesmo em comparecer à audiência.

Ademais, a oitiva da vítima pelo juiz permite que este tome conhecimento de sua real situação, esclarecendo a ela seus direitos, e verifique se estão sendo devidamente cumpridas as medidas de proteção eventualmente deferidas. Torna possível, inclusive, a identificação dos casos mais graves, que exijam medidas jurídicas mais rigorosas.

Assim, afigura-se conveniente a oitiva da vítima em juízo, antes da denúncia ou do pedido de retorno dos autos à delegacia, permitindo o célere contato direto do juiz com a vítima, o que se ajusta ao objetivo de atender aos fins sociais da lei 11.340/2006 e à situação peculiar da mulher submetida à violência doméstica.

## LEI 11.340/2006 E LEI 9.099/1996

O Supremo Tribunal Federal declarou recentemente a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, que dispõe o seguinte: “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Antes de enfrentar a questão de como interpretar esse dispositivo de modo consentâneo com a Constituição e com o espírito da lei em comento, podemos desde logo tirar algumas conclusões quanto à sua extensão.

### Aplicabilidade do art. 41 apenas aos crimes

Primeiramente, percebe-se que o art. 41 fala expressamente em “crimes”, excluindo assim de sua aplicação as contravenções penais. Consequentemente, a **composição civil**, a **transação** e a **suspensão condicional do processo** podem ser tranquilamente aplicadas às contravenções, devendo ser, de início, designada a audiência preliminar prevista no art. 72 da Lei 9.099/1995. Todavia, nas transações deve-se observar a vedação



prevista no art. 17 da Lei 11.340/2006, que reza o seguinte:

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de **cesta básica ou outras de prestação pecuniária**, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Assim, a transação oferecida poderá envolver apenas a aplicação imediata de **pena restritiva de direito**.

Ressalte-se, por oportuno, que a aplicação do art. 41 apenas aos crimes não implica que as contravenções penais devam ser da competência do Juizado Especial Criminal, porquanto o art. 33 da Lei 11.340/2006 é claro ao prever que

enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Destaque-se, por fim, que tendo o art. 41 da Lei 11.340/2006 dado tratamento diferenciado apenas aos crimes, sem abranger as contravenções, não há sentido em vedar a possibilidade de retratação nos casos da contravenção de vias de fato. Continua aplicável a essa contravenção o art. 88 da Lei 9.099/1995, que tornou condicionadas à representação as ações penais pelos crimes de lesão corporal leve. Como as vias de fato são absorvidas pela lesão corporal, a analogia impõe-se, pois não é razoável fazer distinções onde a lei não o fez. Em tais casos, portanto, deve-se designar a audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006.

### **Art. 41 e suspensão condicional do processo**

Vejamos agora qual seria a melhor interpretação a ser dada ao art. 41 da Lei 11.340/2006. Há duas interpretações possíveis:

a) entendido literalmente o dispositivo, nenhum artigo da

Lei 9.099/1995 poderia ser aplicado aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher;

b) em reflexão mais sistêmica, o dispositivo significaria apenas que tais delitos, independentemente da pena, não constituem infrações de menor potencial ofensivo.

Pergunta-se: **qual dessas duas interpretações se mostra mais consentânea com a Constituição e com o espírito da Lei 11.340/2006?**

Dois dispositivos constitucionais devem ser inicialmente considerados, os arts. 98, I, e 226, § 8º:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos **oral e sumariíssimo**, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a **transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;" [...]

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

[...]

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

Quanto ao primeiro dispositivo (art. 98, I, CR), deve-se destacar que ele faz menção apenas às infrações de menor potencial ofensivo, à transação e às características do procedimento a ser adotado. Não menciona, portanto, a suspensão condicional do processo ou outros institutos de despenalização.

Relativamente ao segundo dispositivo (art. 226, § 8º, CR), este menciona a violência doméstica em geral e a criação de mecanismos para coibi-la, não tratando especificamente da violência doméstica contra a mulher.

Ambos os artigos constitucionais são fundamentais para a análise da questão, pois as leis em discussão foram editadas para

regulamentá-los. O art. 98, I, foi regulamentado pela lei 9.099/1995; o art. 226, § 8º, pela Lei 11.340/2006.

O art. 41 da Lei 11.340/2006 já foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nossa reflexão, portanto, pode ser desdobrada em duas questões. Primeiramente, podemos perquirir: **afirmada a constitucionalidade da restrição imposta pela lei em estudo ao conceito de crime de menor potencial ofensivo, compromete-se necessariamente a aplicação da suspensão condicional do processo?**

A Constituição da República, em seu art. 98, não definiu o conceito de **infração** de menor potencial ofensivo, deixando tal definição para norma infraconstitucional, o que ocorreu por meio da Lei 9.099/1995. Assim, é perfeitamente razoável interpretar que a Lei 11.340/2006 tenha restringido o conceito de **crime** de menor potencial ofensivo, excluindo dele as condutas criminosas praticadas “com violência doméstica e familiar contra a mulher”. Nesses casos, ainda que a pena máxima prevista para o crime não ultrapasse 2 (dois) anos, subsumindo-se em tese ao art. 61 da Lei 9.099/1995, não se considera a conduta como de menor potencial ofensivo.

Todavia, é cediço que o art. 89 da Lei 9.099/1995 não tem sua aplicação restrita apenas às infrações penais de menor potencial ofensivo. Seu critério de aplicação é absolutamente diverso, abrangendo aqueles tipos penais cuja pena mínima prevista não seja superior a um ano. É significativo, como já se disse, que o art. 98, I, da CR, regulamentado pela Lei 9.099/1995, restrinja-se a mencionar institutos pertinentes às infrações de menor potencial ofensivo, o que revela que a inserção da suspensão condicional do processo nessa lei tem caráter meramente contingente. De fato, tal instituto poderia tranquilamente ter sido previsto em diploma diverso. Conquanto a transação e a suspensão condicional do processo constituam institutos de despenalização e estejam inseridos na Lei 9.099/1995, a transação liga-se umbilicalmente às infrações de menor potencial ofensivo e surgiu no ordenamento jurídico infraconstitucional como regulamentação do art. 98, I, da CR, o que não ocorre com a suspensão condicional do processo.

Concluímos, assim, que a interpretação literal do art. 41 da Lei 11.340/2006 não se impõe como decorrência lógica da sua

constitucionalidade – ou, mais precisamente, da constitucionalidade da restrição por ela imposta ao conceito de infração de menor potencial ofensivo –, porquanto a suspensão condicional do processo não se vincula por relação lógica necessária a esse conceito.

Num segundo momento, cumpre enfrentar outra questão: **a interpretação literal do art. 41 da Lei 11.340/06 decorre do espírito dessa lei, cuja intenção teria sido tornar mais gravosa, em todas as circunstâncias, a reprimenda aos crimes de violência doméstica praticados contra mulher?**

Como já tivemos a oportunidade de analisar ao tratar dos parâmetros de interpretação da Lei 11.340/2006, não se mostra razoável entender que o objetivo desta seja tornar mais gravosa, em todos os casos, a reprimenda à violência doméstica e familiar contra a mulher. Consequentemente, não há por que rejeitar de pronto a aplicação de todo e qualquer instituto de despenalização.

Como já se disse, interpretar inflexivelmente a Lei 11.340/2006 – enxergando-a como diploma de viés exclusivamente punitivo – poderia gerar grave ambiguidade, desvirtuando os seus fins sociais e olvidando a condição peculiar das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. É justamente no meio doméstico e familiar que a aplicação da pena pode se mostrar mais perniciosa, caso desconsidere os vínculos afetivos e de dependência envolvidos.

É justamente pela peculiaridade da situação em tela que a Lei 11.340/2006, em seu art. 14, prevê a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, buscando, assim, criar estrutura apta a lidar com as particularidades desse fenômeno, em atuação articulada com outras instituições. Se o objetivo fosse exclusivamente punir o agressor, bastaria ter previsto para os casos a competência do juízo comum – não provisoriamente, como fez o art. 33, mas definitivamente –, o qual já está absolutamente familiarizado com os institutos punitivos de nosso ordenamento jurídico. Basta, aliás, superficial conhecimento da prática rotineira das varas criminais para perceber a inadequação do seu perfil de atuação às exigências da Lei 11.340/2006. Se a informalidade característica dos juizados especiais criminais não é adequada ao combate à violência doméstica, tampouco a inflexibilidade na aplicação da lei o é.

Ressalte-se que, na aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, consoante a parte final do *caput* do art. 89 da Lei 9.099/1995, tem-se a oportunidade de avaliar os elementos constantes do art. 77, II, do Código Penal, ou seja, pode-se ponderar se a **conduta social** e a **personalidade do agente**, bem como os **motivos** e as **circunstâncias** do delito, autorizam a concessão do benefício. Assim, pode-se, em cada caso, sopesar as consequências de eventual continuação do processo no contexto das relações familiares e considerar mais detidamente os interesses e as necessidades da vítima. Coibir a violência no âmbito doméstico sem levar em consideração as especificidades de cada caso pode levar à **desintegração da família** e à **desassistência de seus membros**, contrariando assim os objetivos maiores do próprio art. 226 da CR, o qual, reconhecendo a família como base da sociedade, pretende criar mecanismos para a sua proteção.

Assim, falta razoabilidade ao entendimento de que a Lei 11.340/2006 tenha como objetivo a punição em toda e qualquer circunstância, com a consequente abolição, no âmbito de sua aplicação, de todo e qualquer mecanismo de despenalização, porquanto isso significaria eventualmente aumentar a vulnerabilidade da família e tornar mais gravosa a situação da vítima. Mostra-se muito mais razoável, portanto, a interpretação sistêmica do art. 41 da Lei 11.340/2006, o qual teria apenas o condão de restringir o conceito de crime de menor potencial ofensivo, **sem vedar a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo**, que não se encontra necessariamente vinculado àquele.

## RESUMO DAS CONCLUSÕES

1 - A Lei 11.340/2006 fez o cruzamento de dois problemas diversos: a violência discriminatória contra a mulher e a violência doméstica ou familiar. Esse cruzamento, todavia, mostra-se inconveniente, pois ambos os problemas, conquanto apareçam eventualmente unidos, possuem peculiaridades que mereceriam

tratamento jurídico específico.

2 - A violência doméstica e familiar contra a mulher configura-se quando a ação ou omissão, simultaneamente: a) seja baseada no gênero; b) cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher; e c) ocorra no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

A violência de gênero (baseada no gênero) é aquela relacionada a um viés cultural historicamente determinado, fundado em concepções - expressas ou não - de inferioridade feminina (estereótipo), constituindo desrespeito à isonomia entre os sexos no gozo dos direitos constitucionalmente assegurados à pessoa (discriminação).

Não obstante a Lei 11.340/2006 possa, em tese, ser aplicada aos casos de violência praticada por mulher contra mulher, há que se verificar se a conduta satisfaz a exigência de ser baseada no gênero, ou seja, se a relação entre agressora e ofendida de algum modo se inseriu na visão estereotipada e discriminatória combatida pela lei, gerando significativo desequilíbrio em desfavor da vítima.

3 - A interpretação da Lei 11.340/2006 deve levar em conta os seus **fins sociais e as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar**. Refletindo sobre os seus fins sociais, chegamos a dois parâmetros: **o combate à violência discriminatória contra a mulher e a proteção da família**. Tais parâmetros relacionam-se com as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, pois a vítima se encontra em situação de vulnerabilidade em relação ao agressor (violência discriminatória), mas ambos podem também estar inseridos num contexto social específico, merecedor de especial proteção estatal (proteção à família).

Uma interpretação excessivamente rigorosa da Lei 11.340/2006 pode colocar-nos diante de grave ambiguidade, pois é justamente no meio doméstico e familiar que a aplicação da pena, em determinadas circunstâncias, pode se mostrar mais perniciosa.

Nenhuma interpretação razoável da Lei 11.340/2006 pode levar o aplicador do direito a restringir o exercício da vontade da mulher, sob pena de submetê-la a situação semelhante

à do incapaz, desvirtuando por completo a finalidade da lei.

4 - A vedação presente no art. 41 da Lei 11.340/2006 aplica-se apenas aos crimes. Assim, a composição civil, a transação e a suspensão condicional do processo podem ser tranquilamente aplicadas às contravenções, devendo ser, de início, designada a audiência preliminar prevista no art. 72 da Lei 9.099/1995.

A transação oferecida poderá envolver apenas a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, observando-se a vedação prevista no art. 17 da Lei 11.340/2006.

A competência para julgamento das contravenções praticadas em âmbito doméstico e familiar contra a mulher é da Justiça Comum, por aplicação expressa do art. 33 da Lei 11.340/2006.

A ação penal pela contravenção de vias de fato é pública condicionada à representação, pois continua aplicável ao caso o art. 88 da Lei 9.099/1995.

Falta razoabilidade ao entendimento de que a Lei 11.340/2006 tenha como objetivo a punição em toda e qualquer circunstância, com a conseqüente abolição, no âmbito de sua aplicação, de todo e qualquer mecanismo de despenalização, porquanto isso significaria eventualmente aumentar a vulnerabilidade da família e tornar mais gravosa a situação da vítima. Portanto, a interpretação do art. 41 da Lei 11.340/2006 deve ser sistêmica, entendendo-se este como mera restrição do conceito de infração de menor potencial ofensivo, não sendo vedada a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, que não se encontra necessariamente vinculado àquele.

## REFERÊNCIAS

FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LOYOLA, Paulo Ricardo Gontijo. Violência de gênero e violência doméstica: uma breve incursão genealógica. *Infocrim* (Informativo

Criminal da Fundação Escola Superior do MP de Goiás), Goiânia, p. 12-15, 05 mai. 2008.

MISAKA, Marcelo Yukio. *Lei Maria da Penha e suspensão condicional do processo*. Disponível em: <<http://marcelomisaka.wordpress.com>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA JR., Edison Miguel da. *Lei Maria da Penha: conduta baseada no gênero*. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs>>. Acesso em: 1º set. 2012.