V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-241-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A associação entre sistemas penais e democracia tem sido um dos objetivos mais duramente perseguidos por juristas, cientistas políticos, sociólogos e filósofos ao longo da ocorrência da modernidade, especialmente porque no espaço simbólico da democracia pretende-se fazer repousar uma espécie de redenção legitimatória das máquinas repressivas modernas. Tal tarefa não se apresenta como algo fácil, pois, parafraseando LaFree, quando se refere à relação entre criminologia e democracia (2003), é possível afirmar, paralelamente, que sistemas penais e democracia podem, a princípio, parecer ser estranhos companheiros de cama.

Arranjos organizacionais civilizatoriamente aceitáveis, dentro de padrões humanisticamente razoáveis, onde a violência do crime e a violência institucionalizada sejam objeto de constante redução, senão até mesmo de eliminação, considerando a criminalidade em constante crescimento e as possíveis respostas do Estado a esse fenômeno, representam um dilema não só para as jovens democracias latino-americanas e de países em desenvolvimento, mas também para democracias ditas consolidadas como a norte-americana. Falhas no sistema de repressão penal estatal supostamente encorajam a realização de ilegalidades e o surgimento de milícias justiceiras; reações excessivas por parte do Estado podem dar a impressão de um retorno a práticas policiais autoritárias e não humanistas. Ambas situações não se constituem como exceções em nosso cotidiano.

O que parece saltar a um primeiro olhar é que as relações entre sistemas penais e democracia não são tão óbvias, e menos evidentes ainda quando se trata de analisarmos essa relação em países como o Brasil, onde, nos últimos trinta anos, taxas indicadoras de criminalidade, por um lado, e de encarceramento, por outro, subiram em ritmos assustadoramente proporcionais, inobstante a retomada de um processo de democratização, cujo principal marco foi a promulgação de uma Constituição que caracterizou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Há, aqui, indícios de um paradoxo singularizado, em uma face, por um processo de redemocratização e, ao mesmo tempo, em outra, por um aumento exponencial da criminalidade e do encarceramento em massa. Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos, considerado o mais amplo sistema

democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final do ano de 2014, havia um número em torno de 2.217.947 encarcerados em seu sistema penal, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes (ICPR, 2014); no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, o número de homicídios chega a uma cifra ao redor de 60.000 ao ano, enquanto a população carcerária, crescendo assustadoramente nos últimos 20 anos, chegou à casa de 607.7312 presos, numa média de 299,7 presos por 100.00 habitantes (INFOPEN, 2014, p. 15-16). Ao número absoluto de encarcerados, é importante agregar o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a uma cifra proporcional de 575% no período compreendido entre 1990 e 2014. Em 1990 tínhamos ao redor de 90.000 presos, enquanto no ano de 2014 ultrapassamos 600.000 encarcerados. Se agregarmos a essa estatística também os indivíduos que têm sua liberdade restringida mediante prisão domiciliar, a situação é ainda mais grave, pois o total da população mantida sob o controle do sistema penal sobe para 711.463 pessoas (CNJ, 2014, p. 4), o que perfaz uma relação de 348,75 indivíduos controlados pelo sistema penal para cada grupo de 100.000 habitantes, considerando-se o total da população brasileira ao redor de 204.000.000 de pessoas.

Tentar modificar esse quadro social e político, onde criminalidade e encarceramento somente aumentam seus números tem se constituído num dos grandes desafios que pesquisadores não só do Brasil e do Uruguai, mas de todo o mundo têm se colocado como primordial em suas tarefas investigativas cotidianas. O CONPEDI não tem se omitido dessa tarefa de buscar um direito penal e um processo penal cada vez mais humanistas e democráticos. Muito pelo contrário. Ao criar os Grupos de Trabalho nos seus já vinte e cinco Encontros Nacionais e cinco Encontros Internacionais, nos quais sempre estão incluídos GTs de Direito Penal e Constituição, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem contribuído enormemente para a divulgação e trocas de pesquisas entre os acadêmicos que se ocupam de refletir acerca das atividades repressivas e persecutórias do Estado. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevidéo, UR, no qual estiveram presente mais de mil participantes, não foi diferente.

A qualidade das pesquisas apresentadas no GT de Direito Penal e Constituição I foram de excelente qualidade, especialmente se considerarmos a atualidade das investigações apresentadas. Assim sendo, temos que destacar que as leituras das investigações apresentadas serão de grande valia para os que trabalham por um Direito Penal cada vez mais adequado aos standarts de ordenamentos jurídicos cada vez mais democráticos de Direito. São elas:

1) A Lei 11.340/2006 e as imunidades penais nos delitos patrimoniais, de Marcela Siqueira Miguens;

2) A prisão em flagrante e a transgressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de Silvia Elena Barreto Saborita e Renata Soares Bonavides;

3) Execução provisória da pena: uma análise crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292/SP, de George Maia Santos;

4) O estado de necessidade desculpante na criminalidade econômica sob a perspectiva da teoria das emoções, de Carlos Luiz de Lima e Naves;

5) O exercício da medicina: uma reflexão à luz do direito penal, de Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Lucas Gabriel Santos Costa.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URI, Santo Ângelo, RS

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR, Montevideo, UR

A LEI 11.340/2006 E AS IMUNIDADES PENAIS NOS DELITOS PATRIMONIAIS

LAW 11.340/2006 AND PENAL IMMUNITIES

Marcela Siqueira Miguens [1]

Resumo

Objetiva-se discutir a aplicação da Lei nº 11.340/2006 em contraste com as disposições gerais previstas para os crimes contra o patrimônio praticados contra vítimas que possuem relações de parentesco com os agressores. Configuram espécies de imunidade penal, definidas nos artigos 181 e 182 do Código Penal. Questiona-se a validade destas imunidades quando se trata de vítima da violência de gênero que ocorra no âmbito domiciliar, familiar ou das relações íntimas de afeto, critérios definidos pela lei para a tutela penal. Pretende-se abordar os conceitos de violência internos e externos ao direito penal, bem como aqueles trazidos pela Lei nº. 11.340/2006.

Palavras-chave: Violência doméstica, Lei nº 11.340/2006, Imunidades penais

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to discuss the application of Law nº 11.340/2006 opposed to general dispositions predicted to property crimes against specific victims. This cases set species of penal immunities, defined by articles nº 181 and 182. The validity of this immunities is questioned when the victim suffers from gender violence in their residency or familiar scope, as well as in cases of relationships of close affection, which criteria is defined by the referred law to penal tutelage. Both intern and extern violence concepts within Criminal Law will also be aimed, included those addressed by Law nº 11.340/2006.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Domestic violence, Law nº 11.340/2006, Penal immunities

[1] Mestre. Doutouranda em Direito Penal pela UERJ.

Introdução

Em 07 de agosto de 2006 foi promulgada no Brasil a Lei nº 11.340, que estabelece mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, também referida como "Lei Maria da Penha". O caso de violência que dá nome à lei e que motivou a sua criação e aprovação envolve a biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência física e psicológica praticada por seu cônjuge Marco Antonio Heredia Viveiros.

Após duas tentativas de homicídio, Maria da Penha tornou pública a violência sofrida, que resultou na condenação de Heredia pela justiça brasileira em 1991. Este julgamento foi anulado e uma nova condenação sobreveio em 1996.

Em 1998, Marco Antonio não havia ainda iniciado o cumprimento da pena. Uma petição foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela vítima, Maria da Penha, com o apoio dos órgãos CEJIL (Centro para Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher).

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão recebeu a denúncia apresentada, que apontava a tolerância do Estado brasileiro em relação à violência praticada, posto que, passados 15 anos dos fatos, ainda não havia tomado efetivas medidas processar e punir o agressor.

A Comissão notificou o Brasil pela negligência em relação à situação de violência doméstica e, ao final, recomendou, entre outras, a adoção de medidas para que o país pudesse oferecer às vítimas um recurso rápido e efetivo para tramitação, investigação, processamento e punição de todas as denúncias de violência doméstica.

Todo o processo interno referente à persecução do crime e também os reflexos internacionais aceleraram e fomentaram a elaboração do conteúdo da Lei nº 11.340/2006. Ela traz como referência constitucional o § 8º do artigo 226, na afirmação de que "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."

A Lei nº 11.340/2006 tem natureza variada, de onde se sobressai o seu caráter penal, especialmente – mas não exclusivamente – em relação ao aumento de pena da lesão corporal praticada nestas condições e na possibilidade de decretação das medidas protetivas contra o agressor, o que permite a segregação cautelar do indivíduo.

O texto legal se refere à proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou ainda inserida em uma relação íntima de afeto, sendo esta violência praticada em razão do gênero da vítima, havendo uma necessidade, portanto de interseção destes dois elementos para aplicação da Lei nº 11.340/2006.

A lei, portanto, ao mesmo tempo que define a violência a partir de um critério de gênero, estabelece limites para a configuração do que seria esta violência de gênero a partir da existência de uma relação subjetiva entre vítima e agressor.

O conceito de gênero não se compreende como uma condição natural de ser homem ou mulher, mas parte de uma idealização do que é masculino e do que é feminino, que é produzida e reproduzida socialmente.

Há uma apropriação de códigos de gênero historicamente constituídos; a partir do momento em que se nasce com um determinado sexo, há uma expectativa de diferenciação com base no gênero.

Atualmente, as definições de gênero são suplantadas por novas configurações socialmente reconhecidas ou em processo de reconhecimento, que fazem necessária a reflexão sobre a quem se refere a lei quando define a violência de gênero. A criação da lei de violência doméstica parte de uma proposta de proteção de um determinado grupo que se encontra em situação de fragilidade em face de um poder já constituído e sedimentado.

Desta forma, além de estabelecer o âmbito da tutela penal, a lei veio a definir as espécies de violência em relação às quais a vítima pode ser submetida, trazendo, em seu artigo 7º, um rol exemplificativo das mesmas: a violência física; a violência psicológica; a violência sexual; a violência patrimonial e a violência moral.

Pretende-se, neste contexto, discutir as implicações da edição da Lei nº 11.340/2006 nos tradicionais casos de imunidades penais previstos para determinada sorte de crimes contra o patrimônio, as também chamadas escusas absolutórias.

Assim, a partir das possíveis compreensões da violência, do seu conceito extraído da lei penal e das novas definições apresentadas pela mencionada lei, propõe-se um questionamento da validade destas imunidades penais nas situações em que a vítima se encontre sob a tutela da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

O conceito de violência

Em um primeiro momento, faz-se necessária uma breve discussão a respeito do conceito de violência, que integra diferentes tipos penais previstos em nossa legislação. Não se pretende aqui nenhuma exposição exaustiva dos conceitos filosófico e sociológico de violência, motivo pelo qual serão referenciadas obras que pareceram contribuir de forma mais evidente para a posterior discussão acerca da violência baseada no gênero, dentro das relações familiares domésticas e íntimas.

Chauí (1998), para definir a violência, parte de um contraste de significados, ao contrapô-la à noção de ética. A ética pode ser entendida como uma escolha racional de um ser humano consciente que se produz positivamente com base nas oposições de bom e mau, justo e injusto, virtude e vício. As ações éticas seriam aquelas que se produzem de forma livre e consciente e de acordo com o justo e o virtuoso.

Além de livres e conscientes, as ações éticas devem ser autônomas, não podendo ser produzidas por pressões externas, ou em obediência a qualquer ordem, mas uma decisão interior do indivíduo. A partir desta definição, uma noção de violência começa a se delinear, já que são propostos como conceitos opostos pela autora. A violência, desta forma, é uma desvirtuação desta liberdade de ação que o ser racional e consciente possui, tratando-o como se fosse desprovido destas características.

Marilena Chauí sintetiza em pontos a violência como restrição a ação livre e consciente, sendo ela:

> 1) tudo o que age usando a força para ir contra a natureza de algum ser (é desnaturar); 2) todo ato de força contra a espontaneidade, a vontade e a liberdade de alguém (é coagir, constranger, torturar, brutalizar); 3) todo ato de violação da natureza de alguém ou de alguma coisa valorizada positivamente por uma sociedade (é violar); 4) todo ato de transgressão contra aquelas coisas e ações que alguém ou uma sociedade define como justas e como um direito;5) consequentemente, violência é um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão, intimidação, pelo medo e pelo terror.

Pode-se notar que para a filósofa, a violência, apesar de certamente poder se apresentar por meio da brutalidade e do abuso físico, não pode ser desprezada como manifestação psíquica de abuso praticado pelo agressor contra a vítima. No texto em questão, discute-se o mito da não-violência como elemento presente na sociedade brasileira. Mito, pois haveria uma "solução imaginária" para este tema que só poderia ser alterado a partir de profundas mudanças sociais.

Há uma negação característica, mas não exclusiva, da nossa sociedade, em que se pese a concreta realidade bruta e cotidiana, formada por uma violência real e constante. O texto em questão aborda especificamente a caracterização da violência como uma das formas de expressão do racismo. Esta negação se explicaria a partir do lugar ocupado pela violência, em conflitos que emergem como suposta "fraqueza da sociedade civil". São criadas imagens óbvias e unificadas, como chacinas, guerra civil, massacres, que findariam em uma distinção de dois grupos: os não-violentos e os violentos. Uma perspectiva onde estes últimos seriam acidentais e efêmeros.

Assim, muito do que se produz de violência seria nesta concepção mítica, para proteger os não-violentos dos violentos. Neste ponto, seria possível destacar elementos comuns da violência expressada pelo machismo e pelo racismo:

> Assim, por exemplo, o machismo é colocado como proteção à natural fragilidade feminina, proteção inclui a ideia de que as mulheres precisam ser protegidas de si próprias, pois, como todos sabem, o estupro é um ato feminino de provocação e sedução; o paternalismo branco é visto como proteção para auxiliar a natural inferioridade dos negros, os quais, como todos sabem, são indolentes e safados; a repressão contra os homossexuais é considerada proteção natural aos valores sagrados da família e, agora, da saúde e da vida de todo o gênero humano ameaçado pela Aids, trazida pelos degenerados, etc...

Disfarça-se e cria-se o mito de não sermos violentos, e a violência só se nota acidentalmente quando extrapola os limites sociais, com os mencionados massacre e chacinas sem explicação dentro desta proposta social de suposta contenção dos grupos violentos, havendo uma naturalização do machismo e do racismo praticados em situações privadas e menos evidentes.

Em concepção algo diferente, Hannah Arendt (1970, p. 5), reflete sobre a distância entre os propósitos das ações humanas e seus resultados, que por vezes escapariam do controle de seus agentes. De toda forma, destaca que a violência sempre desempenhou papel de relevo nas atividades humanas, em que se pese o fato de raramente ser objeto de observação e estudo.

Neste sentido, temos uma aproximação com as ideias apresentadas por Marilena Chauí, pois esta ausência de consideração demonstraria para Arendt como a violência e sua arbitrariedade são negligenciadas como fatos corriqueiros, não questionada, mas aceita por todos em sua obviedade.

Refletir estas considerações e conceitos de violência sob a perspectiva da violência doméstica e familiar baseada no gênero faz ainda mais sentido, uma vez que, até bem pouco tempo, as consequências da compreensão do papel social da mulher calcada no patriarcalismo e na sua reificação dentro das relações, tornavam possível alegações em geral superadas, como a malfadada “defesa da honra” muito sustentada em pretéritas sessões do Tribunal do Júri; as discussões sobre a possibilidade de ocorrência de crimes sexuais no âmbito das relações conjugais; a causa de extinção da punibilidade na hipótese de casamento da vítima com o autor do delito, entre outras.

De toda forma, pondo-se de lado estas situações acima mencionadas espera-se que já completamente superadas, pode-se notar que em algum espaço – e espaço bastante abrangente

– as relações binárias de gênero, com seus respectivos papeis, ainda mantêm como toleráveis as agressões, de variadas espécies, no seio destas mesmas relações.

A violência no direito penal

Traçados aspectos mais gerias sobre a violência, é importante apreender sua concepção tradicionalmente aferida pelo direito penal. Os tipos penais têm sua estrutura determinada a partir de seus elementos objetivos-descritivos, normativos e subjetivos.

Os elementos subjetivos, que neste momento não nos interessam para a compreensão da violência como conceito do tipo, representam um produto da teoria final da ação, a partir do entendimento de ação ou omissão como um processo causal finalisticamente orientado. (BITENCOURT, 2012, p. 341)

Os elementos descritivos podem ser conhecidos a partir dos sentidos, de uma simples percepção sensorial. Os elementos normativos dependem de uma atividade valorativa, não sendo suficiente uma atividade de simples cognição para compreensão dos elementos e consequente aplicação da lei penal. (WESSELS, 1976, p. 33)

Assim, faz-se necessária a realização de um juízo de valor para a compreensão do alcance da norma penal. Trata-se a *violência* de elemento normativo do tipo penal, demandando a mencionada atividade valorativa.

Caracteristicamente, alguns tipos penais se apresentam tendo a violência como elemento implícito ou explícito em sua conformação. Quando o fazem de maneira explícita, em regra a violência se coloca alternada ao emprego de grave ameaça. Para o direito penal, portanto, haveria inicialmente duas espécies de violência integrantes dos tipos penais: a *vis absoluta* ou *corporalis* e a *vis cumpulsiva*.

Tradicionalmente, a violência é entendida como a força empregada pelo sujeito ativo contra o sujeito passivo para minar-lhe a resistência. Essa violência pode ser exercida diretamente contra o sujeito passivo ou pode, ainda, dar-se de forma indireta, ao ser empregada contra terceiros ou mesmo sobre coisas. Um exemplo é o furto, onde há a circunstância qualificadora quando há destruição ou rompimento de obstáculo para subtração da coisa. Ou ainda, atirar nos pneus de um automóvel para forçar a parado do motorista (PRADO, 2005, p. 300).

Violência seria qualquer meio físico idôneo empregado para cercear materialmente a vítima da faculdade de agir de acordo com a sua própria vontade. Ainda no sentido da violência indireta, Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso (1980, p. 153), na obra *Comentários ao*

Código Penal, trazem interessantes exemplos de violência indireta empregada pelo sujeito ativo, tolhendo o sujeito passivo da faculdade de ação, como privar um deficiente visual de seu guia, destruir um passadiço para impedir o trânsito de alguém, arrancar as portas e as janelas da casa para obrigar os moradores a abandoná-la.

A grave ameaça é definida como violência moral, uma intimidação onde o sujeito ativo manifesta a promessa ou propósito de causar mal a outrem. Para a sua configuração, deve a ameaça estar revestida de gravidade, deve a mesma ser apta a incutir temor no sujeito passivo. Ocorre o cerceamento da liberdade da vítima a partir da perturbação da liberdade em sua vertente psíquica. Da mesma forma que a violência física, a ameaça pode ser direta ou indireta (PRADO, 2005, p. 301).

A violência na Lei nº 11.340/2006

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher inicialmente define o âmbito de incidência da sua tutela penal, a partir da conjugação de dois elementos, um representativo da relação estabelecida ou existente entre vítima e agressor e outro determinado pelo papel social da vítima nas relações de gênero.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, realizada em Belém do Pará, no ano de 1994 determinou bases para compreensão desta violência como uma das formas de violação de direitos humanos. A Convenção define logo em seu primeiro artigo que a violência contra a mulher deve ser considerada aquela conduta que se baseia no gênero, causando "morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada".

Seguindo esta linha de definição, a Lei nº 11.340/2006, em seu artigo 5º determina que:

> 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.

Nota-se a adoção das definições da Convenção, com a relevante inclusão do dano moral e patrimonial, que são adiante, em seu artigo 7º, explicitados e caracterizados. Trata-se, como já mencionado, de dispositivo da lei que irá condicionar a sua aplicação, determinando os grupos sujeitos ou não a esta tutela penal. Interessante apontar que a lei em si trouxe mais expressivas modificações no que se refere ao procedimento adotado para a persecução penal desta espécie de infrações, nas disposições acerca da prevenção, proteção, acolhimento da vítima, incluindo uma série de medidas de caráter extrapenal.

Ela, em que se pese a pecha por vezes atribuída, não apresentou alterações específicas no que se refere à criminalização ou aumento de pena, uma vez que não criou novo tipos penais, mas antes consistiu em *novatio legis in pejus* para a violência doméstica em geral e não especificamente aquela baseada no gênero.[1]

Temos, portanto, como primeiro critério definido no inciso I o âmbito espaço-social de incidência. Refere-se às agressões que ocorram dentro do "espaço caseiro", ainda que ocorram entre pessoas sem vínculos sanguíneos ou de afinidade, incluindo empregados e eventuais agregados. O vínculo familiar, disposto no inciso II refere-se às relações de parentesco e o inciso III compreende as situações onde tenha havido relacionamento afetivo entre vítima e agressor (MELLO, 2009, p.42).

A violência doméstica pode ter intersecção com a violência familiar, mas atinge também indivíduos que vivam ou convivam no mesmo território, ainda que não pertencentes ao núcleo familiar. O domínio exercido territorialmente não é apenas geográfico, mas antes simbólico. As agressões praticadas contra integrantes da unidade doméstica podem ocorrer fora dela, não havendo sua descaracterização (SAFFIOTI, 2007, p. 83).

O inciso II define as relações familiares de maneira mais abrangente, pois abarca uma variedade de laços de pertencimento, podendo ser eles caracterizados por uma identidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

[1] De caráter material e estritamente penal, pode-se apontar a inclusão de circunstância agravante genérica, alterando o artigo 61, inciso II, f, do Código Penal (com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica); a circunstância qualificadora do §9º do artigo 129 do mesmo diploma (Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.) e a causa de aumento de pena incluída no §11 (Na hipótese do § 9o deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência).

O inciso III amplia a incidência da Lei nº, visto que inclui dentre suas competências as relações afetivo-sexuais momentâneas, duradouras ou situacionais, não se referindo a qualquer critério para a caracterização do relacionamento. (COSTA *et al.*, 2015)

Esta forma de violência, baseada no gênero, pela própria compreensão dos elementos definidos neste artigo 5º, ocorrem, em regra, nos espaços privados. A complexidade que envolve estas relações é patente, como assinalam Fabiane Simioni e Rúbia Abs da Cruz (2011, p. 187) :

> Nos espaços familiares, onde as relações interpessoais entre os sujeitos foram historicamente interpretadas como restritas e privadas, a complacência e a impunidade para com a violência praticada nesse âmbito encontraram sua legitimação social. Criou-se um senso comum apoiado na ideia de que o espaço doméstico é 'sagrado', acreditando-se que aquilo que ocorre entre familiares não ameaça a ordem social, ou que a forma como aqueles sujeitos se relacionam é natural, operando-se com a ficção de que a liberdade é vivida na esfera pública e a privação na esfera privada.

Neste contexto, é possível compreender as dificuldades da percepção desta questão que ocorre privadamente como uma infração penal, passível de intervenção e punição pelo Estado. A violência contra a mulher que se dá nesses espaços e também baseada no gênero é, portanto, um problema inerente às relações privadas, mas que se extravasa também nos espaços públicos.

O artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 define as espécies de violência determinadas, como antes se mencionou, teve inspiração na Convenção de Belém do Pará, agregando expressões outras de violência. Trata-se, pela determinação da lei, de rol não taxativo das formas de violência passíveis de serem apresentadas no contexto da violência doméstica contra a mulher. Aqui se chega a uma das questões centrais objeto do presente trabalho, motivo pelo qual se recorre, mais uma vez, à transcrição, *in verbis*, do dispositivo legal:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou

> a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Para Nilo Batista, haveria uma ausência de interpretação unificada do conceito de violência, o que pressuporia uma violação do princípio da taxatividade e segurança jurídica, sobretudo considerando o lugar típico que a violência ocupa na teoria geral do delito. Para o jurista, esse conceito de violência que a lei apresenta seria meramente um "painel ilustrativo", que resumiria as formas de violência sob as quais a mulher está submetida no âmbito doméstico, não podendo ser aproveitado para fins de direito penal (BATISTA, 2009, p. 46).

Para Virgínia Feix (2011, p. 201), por outro lado, o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006, junto com os artigos 5º e 6º, configuram a base estrutural da lei de violência doméstica e familiar contra a mulher, trazendo seus conceitos fundamentais, uma vez que determina os motivos de existência e finalidades, além do seu âmbito de atuação e aplicação. Para a autora, trata-se de dispositivos imprescindíveis, uma vez que os próprios encarregados da efetividade da lei pouco a compreenderiam.

De fato, trata-se de legislação especial, que surge como reflexo de uma situação social estabelecida: a violência de gênero que ocorre nas relações domésticas, familiares e íntimas de afeto. A lei expressamente vem a tratar das formas e entendimentos de violência que possam ocorrer dentro delas relações, levando a uma possível hipótese da ampliação do seu conceito tradicional.

A violência física é a forma mais visível e facilmente identificável da violência contra a mulher. Contudo, as outras formas que a lei define, por vezes tendem inclusive a se prolongar, uma vez que socialmente menos visíveis. Tratando-se de delitos que, se configurados, caracterizam-se por uma relação que existe entre sujeito ativo e sujeito passivo, consistindo no mencionado vínculo doméstico, familiar ou de afeto, nem sempre há um rompimento da situação de violência. Há dados que demonstram que nos casos de violência psíquica, o vínculo entre agressor e vítima se mantém em patamares mais elevados (29 a 43% dos casos), mas que mesmo em casos de violência física o vínculo permanece em cerca de 20 % dos casos (FEIX, 2011, p. 205).

De fato, trata-se de uma inovação legislativa a hipótese de violência patrimonial, definindo situações que violam direitos econômicos das mulheres, de relativamente recente conquista. Sendo a violência contra a mulher produzida a partir de uma cultura de dominação, a inclusão da sua expressão no campo patrimonial encontra razão de ser na perpetração da subordinação e retirada da autonomia econômico-financeira da mulher. (FEIX, 2011, p. 205).

Apesar da mencionada posição de Nilo Batista sobre a impossibilidade de trazer osconceitos de violência para o direito penal, pois acarretaria violação ao princípio da legalidade, o próprio autor faz uma associação entre as definições da lei e os tipos penais que se apresentariam em cada hipótese de violência tratada no referido diploma:

> Assim, há crimes que – presentes seus demais requisitos típicos – podem apresentar-se em condutas previstas no inciso I (art. 129), no II (arts. 129, §9º, 140, 146, 147, 148, 150, CP), no III (arts. 213, 214, 216-A, 227, CP), **no IV (arts. 155, 157, 168, 305, CP)** e no V (arts. 138, 139, 140, CP) (BATISTA, 2009, p.47) [grifo nosso]

Desta forma, nota-se que é possível e completamente pertinente a associação. A partir do conceito de violência patrimonial, dispositivos do Código Penal são a ela atribuíveis, como o furto, roubo, apropriação indébita e supressão de documento, sendo que, dentre eles, apenas o roubo se caracteriza pela violência física, a que o autor adequa dentro do que seria a definição jurídico-penal de violência.

Portanto, chega-se a questão que permeia a presente discussão, a que determina o tratamento a ser dado aos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, posto que, colocando-se de lado as disposições da Lei 11.340/2006, estariam inseridos no rol das escusas absolutórias, como se demonstra a seguir.

As imunidades penais nos crimes patrimoniais

As escusas absolutórias são consideradas imunidades penais que, em relação aos crimes contra o patrimônio, isentam de pena ou modificam a espécie de ação penal em situações específicas de relação entre sujeito ativo e sujeito passivo do delito, desde que não haja emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, como definem os seguintes dispositivos do Código Penal:

> Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: (Vide Lei nº 10.741, de 2003)

> I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;
> II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.
>
> Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: (Vide Lei nº 10.741, de 2003)
> I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
> II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
> III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.
>
> Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:
> I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;
> II - ao estranho que participa do crime.
> III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)

Como expõe Heleno Cláudio Fragoso (1962, p. 430), as imunidades penais remontam ao Direito Romano. Cometia furto aquele que furtasse seu ascendente ou esposo, mas dessa conduta não nasceria uma ação penal. Menciona ainda o Código Napoleônico, que também previa a imunidade nestas hipóteses, assim como o código sardo e o toscano.

No Brasil, os códigos anteriores ao de 1940 previam a imunidade, mas adstrita ao delito de furto. Atualmente, a proteção se dá em relação ao crime patrimonial desde que, como mencionado, seja praticado sem violência ou grave ameaça. Sendo que faz a referida distinção entre o que se considera imunidade absoluta e imunidade relativa.

Em relação ao idoso, a própria Lei nº 10.741/2003 expressamente faz exceção à aplicação das escusas absolutórias, o que levou a um questionamento destas imunidades aplicadas em relação às mulheres quando há uma relação doméstica, familiar ou de afeto com aquele que lesa seu patrimônio incidindo em um tipo penal.

Apesar de não expressamente afastar as imunidades penai, a Lei nº 11.340/2006, ao ampliar o conceito de violência, acaba por excluir das escusas absolutórias as condutas que são praticadas e se encontram tuteladas pela mesma.

Conclusões

A Lei nº 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, que veio dispor sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher tem no seu processo de formação um caso concreto, que acabou por levar a questão de aplicação do direito penal interno para um Comissão internacional, que mesmo restrita à reponsabilidade dos Estados-membros, não

havendo competência penal de qualquer espécie, acabou por trazer reflexos ao ordenamento jurídico-penal pátrio.

Neste contexto surge a lei, que não se restringe à esfera penal, ao contrário, impõem uma série de medidas conjuntas que visam a prevenir, combater e punir a violência doméstica, familiar ou nas relações íntimas de afeto praticada contra a mulher.

Questão estrutural da Lei Maria da Penha é esta definição do âmbito de aplicação da norma, ao unir a condição de gênero à relação entre agressor e vítima para estabelecimento dos seus limites de tutela. Portanto, nem toda violência que se pratique em razão de gênero será abrangida pela lei, mas tão somente aquelas hipóteses em que os dois elementos se façam presentes.

Assim, a definição do que é violência é um debate imprescindível para compreensão da lei. A violência então é posta como um desvirtuamento da liberdade de ação que todo indivíduo racional e consciente possui. Um ato de força, de transgressão, de abuso, caracterizado pela opressão, pela intimidação e pelo medo. Mais especificamente, mas não distante destas concepções, o direito penal também define o que entende por violência.

Em regra, nos tipos penais que se caracterizam pelo emprego da violência, ela vem contraposta, mas na mesma categoria que a grave ameaça, reconhecida como violência moral. Assim, tradicionalmente, reconhece-se dois tipos de violência, a física e a moral – sendo que ambas, pelo Código Penal, podem ser empregadas para lesão de outros bens jurídicos, como é o caso da liberdade sexual e do patrimônio.

Entre os crimes contra o patrimônio há, como disposições gerais, as imunidades penais, também conhecidas como escusas absolutórias, que isentam de pena os sujeitos ativos do delito, caso eles se encontrem em uma relação conjugal ou de ascendência ou descendência com o sujeito passivo. Determina também a modificação da ação penal para aquelas hipóteses em que a relação entre os sujeitos seja de cônjuge fora da constância ou terminada a vida conjugal, de irmão, ou de tio e sobrinho quando haja coabitação. Ocorre que essas imunidades só se aplicam caso não haja o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

A Lei Maria da Penha, por sua vez, no que concerne a sua tutela específica, define hipóteses de violência que superaram a compreensão do elemento realizada até então. Tem-se numa concepção clássica a violência como elemento do tipo penal referente à violência física. Para o mencionado diploma, a interpretação, ou valoração do elemento violência vem explicitada em seu artigo 7º, incluindo as formas de violência moral, sexual e patrimonial.

Desta forma, entende-se que a lei ressignificou o conceito de violência no âmbito de ocorrência específico, levando ao não emprego das imunidades penais nos delitos processados

de acordo com suas disposições. Um crime contra o patrimônio praticado sem violência física ou moral, ainda sim persiste, posto que a violência patrimonial passa a integrar o significado da norma penal, por expressa disposição legal.

Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. **Da violência.** Trad. Maria Clara Drummond. Obra digitalizada em 2004. Original publicado em 1970. Disponível em: http://www.libertarianismo.org/livros/harendtdv.pdf. Acesso em 12 jun. 2015.

BATISTA, Nilo. **Cap. II – Das formas de violência – art. 7º.** In: **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Org.: MELLO, Adriana Ramos de. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FEIX, Virgínia. **Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º**. In: **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Org.: CAMPOS, Carmen Hein de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAUÍ, Marilena. **Contra a violência.** Teoria e debate, 1998. Disponível em: <http://www.teoriaedebate.org.br/materias/sociedade/etica-e-violencia>. Acesso em 10 mar. 2016.

COSTA, Rodrigo e Souza *et al.*. In: **Coleção direito UERJ 80 anos – Direito penal.** Coord.: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi. Org.: BÉZE, Patrícoa Mothé Glioche. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal. 2º volume.** São Paulo: José Bushtasky Editor, 1962.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal. Vol. VI**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MELLO, Adriana Ramos de. **Cap. I – Disposições gerais – arts. 5º e 6º.** In: **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Org.: MELLO, Adriana Ramos de. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro. Vol.2. parte especial – arts. 121 a 183**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Já se mete a colher em briga de marido e mulher.** São Paulo em Perspectiva, Revista da Fundação SEADE, São Paulo, 2007, Vol. 13/Nº 4, p. 82-91.

WESSELS, Johannes. **Direito penal. Parte geral.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.