



Luísa Cezar Frade Nogueira

Violência doméstica baseada no gênero: análise das legislações brasileira e portuguesa

Tese de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Dezembro/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Universidade de Coimbra
Faculdade de Direito
2º Ciclo de Estudos em Direito

Luísa Cezar Frade Nogueira

**Violência doméstica baseada no gênero: análise das legislações
brasileira e portuguesa**

**Domestic violence based on the gender: analysis of brazilian and
portuguese legislation**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: Doutor Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão

Coimbra, 2016

RESUMO

A presente tese visa estudar a violência doméstica e intrafamiliar cometida em função do gênero, sendo que a mulher é vítima deste crime na maior parte dos casos, e analisar as legislações criadas no Brasil e Portugal como meio de combater tal crime que sempre ocorreu dentro dos lares, porém começou a ter maior visibilidade nos últimos anos. Para tanto, será realizada uma breve abordagem histórica e alguns conceitos importantes serão definidos, tais como gênero, violência doméstica e violência contra a mulher, bem como tratar de alguns instrumentos internacionais que impulsionaram na criação das leis protetivas em ambos os países. Também serão estudadas as leis mais importantes, citando algumas políticas públicas e órgãos especiais que cuidam da prevenção e proteção das vítimas de violência doméstica. Por fim, serão discutidas quais ações estatais foram positivas no sentido de coibir a prática do crime e será realizada uma crítica às legislações, bem como do seu âmbito de proteção e eventual proteção deficiente ou excessiva.

Palavras-chave: Violência doméstica. Gênero. Discriminação. Legislação Protetiva. Eficácia.

ABSTRACT

This thesis aims to study domestic and interfamily gender violence, where in most cases women are the victims, and analyze the laws created in Brazil and Portugal to combat such crimes that are always hidden inside homes but began to have greater visibility in the last years. To do so a brief historic overview will be given and some important concepts defined, such as gender, domestic violence and violence against women, as well as dealing with some international instruments that drove the creation of protective laws in both countries. The most important laws will also be analyzed citing some public policies and special organizations that take care of preventing domestic violence and protecting victims. Lastly, state actions that were positive in order to curb the practice of crime will be discussed and a review to the legislation will be made, as well as its scope of protection and the possible deficient or excessive protection.

Key words: Domestic Violence. Gender. Discrimination. Protective Legislation. Efficiency.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- AMCV – Associação de Mulheres Contra a Violência.
- APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima.
- CEDAW – Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.
- CEJ – Centro de Estudos Judiciários.
- CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- CLADEM – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher.
- CF – Constituição Federal.
- CP – Código Penal.
- CPP – Código de Processo Penal.
- GNR – Guarda Nacional Republicana.
- MP – Ministério Público.
- OEA – Organização dos Estados Americanos.
- OMS – Organização Mundial da Saúde.
- ONU – Organização das Nações Unidas.
- PSP – Polícia de Segurança Pública.
- STF – Supremo Tribunal Federal.
- STJ – Superior Tribunal de Justiça.
- TJES – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.
- TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
- TJMT – Tribunal de Justiça de Mato Grosso.
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra.
- TRE – Tribunal da Relação de Évora.
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa.
- UMAR – União de Mulheres Alternativa e Resposta.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	5
1- VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E RELATOS HISTÓRICOS.....	7
1.1-Conceitos de violência e gênero.....	7
1.2-Abordagem Histórica	11
1.3-Tratados e Convenções Internacionais.....	15
2- ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	19
2.1- Legislação Brasileira e a questão do gênero	19
2.1.1- <i>Lei nº 11.340/2006</i>	19
2.1.2- <i>Código Penal e Constituição Federal Brasileira</i>	28
2.2- Legislação Portuguesa e a questão do gênero.....	30
2.2.1- <i>Código Penal e Constituição da República Portuguesa</i>	31
2.2.2- <i>Leis nº 112/2009 e nº 61/91</i>	39
3- EFICÁCIA INTERNA DAS LEIS	42
3.1- Comparação entre as legislações e eficácia	42
3.2- Razões para a continuidade	47
3.3- Possíveis alterações legais.....	51
CONCLUSÃO.....	56
JURISPRUDÊNCIA	59
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher, não apenas em relações intrafamiliares ou íntimas porém de forma mais ampla, é qualquer ato praticado em razão do gênero que cause morte, dano ou intenso sofrimento, não apenas físico mas psicológico.

Ainda que a violência doméstica praticada contra a mulher seja mais fortemente observada em classes sociais menos favorecidas, provavelmente por uma questão de maior publicidade de reclamações em órgãos especialmente criados para a proteção da mulher, tais como a Associação de Mulheres Contra a Violência em Portugal ou a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres no Brasil, tal fenômeno não é exclusivo destas classes sociais, porém de todas as camadas de uma sociedade, tendo como base relações íntimas ou de afeto.

Nestes termos, o intuito da presente dissertação é iniciar o estudo do tema realizando uma abordagem histórica desde os movimentos feministas que influenciaram na elaboração de uma legislação preventiva e protetiva dos direitos fundamentais das mulheres frequentemente violados, primeiro dentro de uma sociedade desigual onde não eram tidas como sujeitos de direitos e mesmo depois de alcançarem a igualdade formal. Após a abordagem inicial, será estudada a violência no contexto doméstico, quando as agressões são cometidas por companheiros, conjugues ou quaisquer pessoas com as quais as vítimas mantem relações afetivas.

Após o relato histórico, a análise será das legislações atuais que visam resguardar ou restaurar os direitos violados, aprovadas no Brasil e em Portugal, com breves referências a Tratados ou Convenções Internacionais que vincularam os Estados-membros ou auxiliaram na elaboração das leis nacionais nos dois países.

Por fim, a finalidade precípua é tratar da eficácia que estas leis tiveram após sua adoção no Brasil e em Portugal, bem como compreender o que foi mais benéfico em cada lei e o que já é passível de alteração, tendo em vista que as discriminações de gênero contra a mulher baseadas na ideia de sociedade patriarcal ainda ocorrem de forma preocupante atualmente, porém homens também são vítimas da violência dentro de relacionamentos abusivos, e talvez a visibilidade que a Lei específica buscou já tenha sido alcançada. Além disso também será criticada a proteção excessiva, que acaba por ser deficiente nos casos

em que a vítima mais necessita da intervenção estatal imediata com medidas protetivas de urgência.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo de abordagem, uma vez que serão estudadas primeiramente as conquistas femininas, especificamente no sentido da criação de leis e ações afirmativas que visam proteger a vítima do crime de violência doméstica e não apenas culpabilizar e sancionar, mas também reintegrar o autor da violência socialmente. Posteriormente, serão analisadas as legislações já existentes para se chegar a conclusões a respeito da eficácia destas normas e políticas públicas.

Quanto à forma de pesquisa, serão citados doutrinadores que discutem a respeito do crime de violência doméstica e da violência generalizada contra a mulher, bem como a questão do gênero feminino tratado de forma desigualmente favorecedora no intuito de buscar uma igualdade material entre os sexos, e ainda, que trazer algumas problemáticas em relação à finalidade das leis e a sua aplicação pelo Tribunais. A bibliografia será composta de livros, revistas jurídicas, monografias e teses já apresentadas e artigos publicados na internet.

1- VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E RELATOS HISTÓRICOS

1.1- Conceitos de violência e gênero

Antes de qualquer abordagem sobre violência estritamente doméstica é importante diferenciar alguns conceitos que, embora se interliguem, são diversos, quer sejam o de violência no sentido mais amplo, abrangendo quaisquer vítimas e agressores independentemente de possuírem alguma ligação com a vítima; o de violência generalizada perpetrada diretamente contra as mulheres, em função do gênero; e violência doméstica contra qualquer pessoa independentemente do gênero. A violência por si só é considerada como uso consciente e intencional de força, coação ou intimidação contra terceiro, ou qualquer outra ação que lese os direitos fundamentais de outra pessoa (Guerra, 2016).

A violência praticada contra as mulheres, conforme definição da Organização das Nações Unidas é:

Todo o ato de violência baseado na pertença ao sexo feminino que tenha ou possa ter como resultado o dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico da mulher; inclui-se aqui também a ameaça de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, na vida pública ou na vida privada.

Nestes termos, para que a conduta do agente seja considerada ato de violência contra a mulher não precisa ser necessariamente agressão física, pois qualquer ato que viole outros direitos fundamentais assegurados e afete a vítima psicológica, social ou economicamente por exemplo, pode também ser considerado como tal.¹

Este fenômeno mundial de violência contra as mulheres, na maioria das vezes em função do gênero, é consequência de um passado histórico em que estas foram tratadas como objetos e não sujeitos de direitos durante muito tempo dentro das sociedades patriarcais. A ordem de gênero hierárquica estabelecida em vários países determinava um papel de subordinação da mulher em relação ao homem, razão pela qual a violência

¹ GUERRA, Paulo, e GAGO, Lucília, e outros; Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno – Manual Pluridisciplinar; Centro de Estudos Judiciários; Caderno Especial; Abril, 2016.

exercida contra as mulheres, bem como sua inferiorização, eram moral e socialmente aceitas.

Tal violência traz prejuízos não apenas diretamente à vítima que pode sofrer-la de diversas formas mas para a sociedade como um todo de maneira indireta. Nestes termos, diversas ações devem ser efetuadas conjuntamente por todas as esferas no sentido de alcançar uma igualdade material entre mulheres e homens.

Ainda que tenham ocorrido diversos avanços legislativos, bem como criação de políticas públicas protetivas, ofertas no mercado de trabalho para que as mulheres pudessem alcançar a igualdade em relação aos homens, aquelas ainda ocupam cargos inferiores em relação a estes em muitos ambientes de trabalho, portanto ainda nota-se uma divisão de trabalho puramente em razão do sexo. Além disso, em muitos lares a responsabilidade pelas tarefas domésticas continua sendo da mulher, sendo que esta é desvalorizada quando a economia da sociedade é analisada macroeconomicamente, o que demonstra que a desigualdade de gênero não foi superada embora seja mais visível e discutida.²

Quanto à violência doméstica, esta pode ser compreendida como um comportamento em que o sujeito ativo exerce qualquer forma de violência contra o sujeito passivo de forma habitual. Além disso, este comportamento contínuo geralmente resulta em danos a longo prazo, tanto psicológicos e emocionais quanto físicos, ou até em morte, sendo que a vítima do crime deve possuir alguma relação afetiva com o agente, podendo ser conjugue, companheiro, irmão, filho, ou ainda qualquer pessoa que coabite com este, sendo um pressuposto que justifica a especialização deste crime.

O motivo desta relação especial como condição objetiva do crime é baseado no facto de que houve uma quebra da confiança legitimamente esperada em uma união de vontades, além de ser um tipo ilícito complexo que envolve diversas ações por parte do agente e de especial gravidade, devido a uma habitualidade ou intensidade das condutas, que justifica uma intervenção mais preventiva em relação à vítima que teve direitos fundamentais ligados à dignidade humana violados. Conforme estudos realizados pelo CEJ – Centro de Estudos Judiciários, a violência doméstica é uma forma muito frequente de violência sofrida por mulheres em diferentes países.

² ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; *A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL – LEIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ESTATÍSTICAS*; In. Redistribuição, Reconhecimento e Representação: Diálogos sobre Igualdade de Gênero; pp. 47-56; Brasília: IPHAE; 2011.

Os atos de violência praticados dentro de uma relação abusiva, muitas vezes entre conjugues, companheiros ou até mesmo namorados que não coabitam na mesma residência, nos quais a vítima costuma ser a mulher, geralmente aumentam de intensidade quando não são combatidos no início, o que gera riscos e perigo à saúde ou à própria vida da vítima. Os danos gerados a esta podem ser irreversíveis, e afetam sua autoestima, autoconfiança, competência nas atividades realizadas, e ainda, podem causar problemas muito graves como depressão ou sentimento de impotência.³

Em relação ao gênero, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, igualmente conhecida como Convenção de Istambul e incorporada no ordenamento jurídico português por meio da Resolução da Assembleia da República nº 4/2013, o define como um conjunto de papéis, comportamentos, atividades e atributos construídos em cada sociedade e adequados para diferenciar homens e mulheres.

Importante diferenciar os conceitos de sexo e gênero entre si, uma vez que o sexo é ligado precisamente às diferenças de anatomia, portanto diferentes atributos físicos e aspetos biológicos. São definidos os sexos masculino e feminino, e ainda o intersexo, este último quando uma pessoa apresenta características ditas como próprias do sexo masculino e do sexo feminino. O gênero, por outro lado, é mais abrangente e subjetivo, pois inclui não somente a aparência física, mas ainda atitudes típicas, comportamentos adotados perante determinadas situações, como definições que classificam as pessoas por gênero conforme seus sentimentos.⁴

Além disso, nos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional dos Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e à Identidade de Gênero há uma definição mais precisa e compatível com a sociedade moderna na parte introdutória, quer seja⁵:

³ GUERRA, Paulo, e GAGO, Lucília, e outros; *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual Pluridisciplinar*; Centro de Estudos Judiciários; Caderno Especial; Abril, 2016.

⁴ SOUSA, Rita Mota; *O CONCEITO DE VIOLÊNCIA DE GÉNERO NA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL*; Livro *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*; pp. 261 a 274; Universidade Católica Editora; 2016.

⁵ LEITE, André Lamas; *AS ALTERAÇÕES DE 2013 AOS CÓDIGOS PENAL E DE PROCESSO PENAL: UMA REFORMA CIRÚRGICA?*; pp. 44-64; Coimbra Editora, 2014.

Gender identity is understood to refer to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms. (Leite, 2014)

Portanto, o gênero vai além de meros comportamentos e papéis que são utilizados para diferenciar os sexos entre si e inclui a identidade pessoal de cada indivíduo, que pode corresponder ou não ao sexo de nascimento, e inclui o modo como cada um sente-se a respeito de sua aparência, maneiras de vestir, falar ou agir, isto de modo exaustivo, visto que outras características podem definir o gênero além destas.

A criação de papéis para cada gênero, associando ao gênero masculino características como agressividade, dominação, força física superior, racionalidade e ao feminino características como passividade, tolerância, uso da emoção na tomada de decisões, é uma construção social e não natural a cada sexo.⁶

Tanto a dominação, ideia de que a mulher abre mão de sua liberdade individual em troca da proteção pelo homem, quanto a sexualidade utilizada como justificativa para a hierarquia de gêneros, permitem a tolerância social à estrutura de poder patriarcal. Logo, tais ideias permitem igualmente esta continuidade de diversas formas de violência perpetradas contra a mulher e abusos de quaisquer ordens que reafirmam o sentimento de impunidade por aqueles que as objetificam. Importante constatar que a violência de gênero, embora normalmente seja exercida por homens contra mulheres, também pode ser exercida por mulheres, por exemplo para assegurar a própria sobrevivência dentro de uma comunidade machista.

Dentre os fatores que auxiliam na continuidade da violência de gênero cotidiana, podem ser citadas diversas formas de publicidade, tais como cinema, propagandas televisivas, filmes pornográficos que veiculam uma imagem submissa da mulher comum, tratando-a muitas vezes como objeto sexual e não sujeito de direitos.⁷

⁶ SOUSA, Rita Mota; O CONCEITO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL; Livro Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal; pp. 261 a 274; Universidade Católica Editora; 2016.

⁷ SOUSA, Rita Mota; cit. Loc.

Infelizmente, embora essa massificação da mulher pelos meios de comunicação já seja criticada por diversas feministas ou organizações públicas neste sentido, ainda está longe de ser combatida. Outro exemplo disto é que observa-se ainda que muitas notícias tratam de mulheres publicamente conhecidas de maneira a destacar não seus feitos e qualidades únicas como geralmente ocorre no caso dos homens, porém destacando qualidades referentes à sua aparência física, novamente colocando-as como objetos.

1.2- Abordagem Histórica

Após a clarificação de tais conceitos é necessário citar alguns movimentos sociais feministas, bem como ações por parte de órgãos internacionais no sentido de vincular os países a adotar medidas de caráter positivo, como criação de políticas públicas que foram importantes para auxiliar na elaboração de normas que visaram tornar o fenômeno da violência doméstica público e cujo combate deve ser efetuado pela sociedade como um todo.

John Stuart Mill, um dos filósofos mais influentes do século XIX, foi dos primeiros pensadores a criticar a diferença de tratamentos entre homens e mulheres. Em seu livro “A Sujeição das Mulheres”, aborda exatamente este tema, e traz diversos argumentos favoráveis a igualdade de direitos.

Conforme o autor, (Mill, 1869) a autoridade dos homens sobre as mulheres faria mais sentido se fosse advinda de uma deliberação equânime, ou se resultasse de experiências prévias de outros modos de organização social nos quais fosse testada a subordinação dos homens ao governo de mulheres, ou divisão igualitária de poderes entre os gêneros, e o modelo de sujeição feminina fosse comprovadamente o mais satisfatório após comparação com estes outros modelos.

A grande problemática desta época é que as próprias leis passaram a reconhecer o facto que já vigorava, quer seja a escravização das mulheres pelos homens baseando-se puramente na lei do mais forte, portanto em razão da inferioridade de força muscular das mulheres em regra.⁸

⁸ MILL, John Stuart; *A Sujeição das Mulheres*; Título Original: *The Subjection of Women*; tradução Débora Ginza; Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 39; Editora Escala; 1869.

Essencial é tratar, ainda, sobre a teoria feminista do direito, quer seja o conhecimento formado através de diversas reflexões e críticas a respeito de fundamentos que justificam entendimentos ocidentais modernos. Esta tem sido desenvolvida desde a década de 70, e aponta que o direito amplamente considerado é vinculado ao gênero masculino, portanto o próprio direito é uma forma de fixação de gênero que permite a divisão de tratamentos.⁹

Cumprе ressaltar que a hierarquização conforme o gênero e diferença de tratamentos simplesmente em razão do sexo ocorre porque o pensamento liberal clássico baseou-se em diversos opostos, tais como o racional e irracional, ativo e passivo, razão e emoção, sendo que o gênero masculino foi abertamente considerado superior ao feminino durante muito tempo na história. O gênero ainda é definido por símbolos dentro de várias culturas, bem como teorias de ordem jurídica, religiosa e até científica que fornecem interpretações a tais símbolos, trazendo um sentido fixo para cada. Também é definido pela estruturação que a política faz das diversas formas de relacionamento social, como família ou trabalho, e por elementos mais subjetivos.

O que vem para modificar esta divisão são as manifestações dos grupos que foram discriminados em um passado recente, tais como homossexuais e mulheres. Ainda que o conceito de gênero atualmente formulado dentro das sociedades democráticas seja diverso do conceito anterior aos tratados incorporados no Brasil e em Portugal, no qual a mulher ocupava posição social inferior ao homem e deveria sujeitar-se à vontade deste, ainda nota-se o predomínio da figura masculina em diversos campos do direito, em especial no direito criminal, inclusive em publicações acadêmicas que tratam de temas como a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, ou o artigo 152 do Código Penal Português que traz o crime de violência doméstica. Tal predominância não ocorre porque não há produções acadêmicas femininas relevantes neste sentido, e sim porque estas produções não são suficientemente valorizadas como deveriam.¹⁰

Este sistema criminal seletivo e centrado na figura masculina, conforme já tratado, evidencia que a mulher é injustiçada não somente no papel de vítima de um crime direto,

⁹ CAMPOS, Carmen Hein de; *Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha*; In. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 1-12; 2011.

¹⁰ CAMPOS, Carmen Hein de; loc. Cit.

mas também quando é sujeito ativo do delito, sendo punida de forma agravada pura e simplesmente por ser do gênero feminino.¹¹

Cumprir citar alguns movimentos feministas essenciais para iniciar a modificação do pensamento retrógrado abordado. No primeiro Código Civil Português, são criadas algumas obrigações que devem ser seguidas pelos conjugues após contraírem matrimônio, sendo que o casamento é um contrato firmado entre duas pessoas de sexos opostos conforme definição deste diploma. Para o homem, o dever principal é o de proteção da mulher e seus bens, e para a mulher, o dever é de obedecer às ordens do conjugue.

Nestes termos, o marido possuía plena liberdade de praticar o chamado poder de correção, devido a esta autoridade reconhecida na Lei, bem como abrir correspondência da esposa sem autorização, cuidar da administração de seus bens, não autorizar o exercício de emprego ou comércio pela esposa, dentre outros poderes abusivos plenamente permitidos na conjuntura legal à época. Isto ocorria porque a mulher era considerada intelectualmente inferior ao homem, e portanto incapaz de realizar diversos atos civis por conta própria, sendo conferido àquela o papel social de cuidar do lar e criar os filhos. (Pimentel, 2015)

Aproximadamente no final do século XIX, em Portugal, algumas mulheres, homens e grupos de proteção e empoderamento feminino, como a Liga Republicana das Mulheres Portuguesas, buscam reconhecer primeiramente os direitos mais essenciais, ditos de primeira geração, quer sejam às liberdades de cunho mais negativo. Tais direitos são assim conhecidos porque referem-se àqueles que podem ser exercidos livremente pelos cidadãos sem qualquer interferência estatal, em que pese nenhum direito seja totalmente negativo ou positivo, como direito à vida, à propriedade, à liberdade de expressão, dentre outros.

Entretanto, o direito à educação, considerado pelos estudiosos clássicos como direito de segunda geração, uma vez que possui cunho mais positivista, portanto de prestação estatal perante o cidadão, também é reivindicado por estes primeiros grupos feministas. Os direitos à educação e ao trabalho permitem à mulher não somente autonomia em relação ao homem, quer seja pai, irmão ou conjugue, mas ainda o exercício pleno de outros direitos, tais como o livre desenvolvimento da personalidade.

Os grupos feministas que lutavam pela emancipação feminina eram constituídos, em sua maioria, por mulheres de classe média que defendiam igualmente ideias comunistas

¹¹ CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de; *Tensões Atuais entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica: a Experiência Brasileira*; In. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 143-169; 2011.

e socialistas, bem como lutavam pela instituição da República. Além disso, estes grupos foram essenciais para modificar o papel tradicionalmente atribuído à mulher, bem como para conquista da igualdade formal, com atribuição às mulheres de diversos direitos que antes pertenciam apenas aos homens.¹²

No Brasil, é imprescindível citar a autora Nísia Floresta, uma das primeiras feministas que tratou, dentre outras questões, do direito à educação que era negado às mulheres pela sua simples condição de pertencer ao sexo feminino, sendo que tal direito é essencial para busca da igualdade entre os gênero. Em 1833 a autora traduz o livro escrito por Mary Wollstonecraft-Godwin e publicado na Inglaterra, e dá-lhe o título de Direitos das Mulheres e injustiças dos homens.

No ano de 1932, a mulher passou ter o seu direito de voto reconhecido. Todavia, com a instauração do Estado Novo no governo de Getúlio Vargas e até 1945, os movimentos feministas em busca do reconhecimento de direitos ficaram estagnados, bem como com a instauração da ditadura por meio de golpe militar em 1964.¹³

Contudo, entre as décadas de 70 e 80 foram trazidas diversas questões que precisavam ser discutidas e trabalhadas na busca pela igualdade plena de direitos, por meio de movimentos feministas. A partir de 1980 verificam-se as primeiras mudanças nas políticas públicas, por exemplo com a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, órgão deliberativo que procura elaborar propostas e promover políticas públicas no sentido de eliminar quaisquer formas de discriminação contra as mulheres, bem como garantir a liberdade de qualquer pessoa do gênero feminino para o exercício de direitos e sua participação mais ativa na tomada de decisões dentro da sociedade.

Também foram criadas Comissões especializadas no âmbito interno de alguns Ministérios, como Ministério da Saúde e Ministério da Cultura. Todavia, no período do governo Collor nos anos 90, vários programas e comissões foram extintos, o que levou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher a perder força e estrutura. Apenas em 1995 tal

¹² PIMENTEL, Irene Flunser e MELO, Helena Pereira de; *MULHERES PORTUGUESAS: História da vida e dos direitos das mulheres num mundo em mudança*; Clube do Autor; 1ª edição: Abril, 2015; pp. 25-27, 100-112; 2015.

¹³ BIANCHINI, Alice; *A luta por direitos das mulheres: o feminismo no Brasil*; Jornal Carta Forense; 2009. Disponível em:

<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/a-luta-por-direitos-das-mulheres/3858>

Acesso em: 29/09/2016.

Conselho voltou a ganhar importância e reconhecimento, em razão da preparação para participação do Estado Brasileiro na IV Conferência Mundial Sobre Mulher, realizada em Pequim.¹⁴

Vale citar, ainda, a criação do Programa Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e Sexual no Brasil pelo Conselho supracitado, que veio para aumentar a visibilidade sobre o fenômeno da violência de gênero, que constitui grave violação de direitos humanos, e para propor ações conjuntas de diversas esferas governamentais no intuito de sensibilizar a opinião pública e criar diversos órgãos de apoio, pesquisa e divulgação.

Este Programa possibilitou a criação de campanhas de incentivo à busca por uma vida sem violência contra a mulher, especialmente doméstica e sexual, e ações dos governos municipais e estaduais no intuito de coibir a violência de gênero, orientando e encaminhando as vítimas de violência sexual e familiar que buscam apoio jurídico e psicológico nos Conselhos de Direitos da Mulher ou nas Delegacias de Defesa da Mulher.¹⁵

1.3- Tratados e Convenções Internacionais

Graças a diversos movimentos de grupos feministas no sentido de trazer visibilidade ao problema mundial da constante violência e discriminação exercida contra as mulheres, as Nações Unidas vem buscando atuar contra esta violência, tendo em vista que é uma grave violação aos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a chamada Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres em 1993, a qual foi essencial para modificar o pensamento retrógrado de dominação masculina dentro dos Estados-Membros, uma vez que reconhece a violência contra as mulheres como violação grave das liberdades e direitos fundamentais. Reconhece também que direitos como igualdade, segurança, integridade,

¹⁴ CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, protocolo facultativo*; pp. 54 a 71; Brasília, Ministério das Relações Exteriores; 2002.

¹⁵ CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, protocolo facultativo*; loc. Cit.

liberdade devem ser aplicados em todos os países, visto que a violência exercida contra as mulheres é uma barreira para o desenvolvimento, alcance da paz e da igualdade material entre os gêneros.¹⁶

Nestes termos, diversos instrumentos internacionais tratam sobre a necessidade de uma discriminação positiva em favor das mulheres, tendo em vista que são um grupo que sofre violência constante devido a uma desigualdade de poderes entre homens e mulheres ao longo dos séculos, e que ainda traz resultados desfavoráveis atualmente, dificultando o progresso destas na sociedade. (Fernandes, 2008)

Tal discriminação positiva não é contrária ao princípio da igualdade, pois para se alcançar a igualdade material, não é suficiente a mera previsão formal de direitos iguais, é igualmente importante modificar a consciência coletiva por meio da ação integrada de diversos organismos.

Igualmente importante é tratar da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, também conhecida como Convenção de Istambul e assinada por Portugal em maio de 2011, de forma a vincular o país no sentido de eliminar quaisquer formas de discriminação contra a mulher com a atividade legislativa, bem como proteger e assistir as mulheres vítimas de violência e punir os agressores de maneira adequada. Como garantia da busca pela igualdade material entre homens e mulheres, a Convenção também incentiva o empoderamento feminino nas sociedades com adoção de políticas públicas.¹⁷

O artigo 12º deste diploma afirma que é necessário promover dentro dos Estados mudanças nos comportamentos socioculturais, tendo em vista que os papéis estereotipados conferidos às mulheres e homens, os quais justificam ou minimizam certos atos de

¹⁶ Declaração Sobre A Eliminação da Violência Contra As Mulheres, Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/104, de 20 de Dezembro de 1993. Disponível em:

<http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_7.htm>

Acesso em: 13/10/2016.

¹⁷ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica; Istambul, 11.05.2011. Disponível em:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046253d>

Acesso em: 13/10/2016.

violência cometidos contra estas dentro de um relacionamento, ainda são verificados em diversos segmentos sociais.

A prevenção abordada na Convenção segue a classificação de níveis preventivos adotada pela Organização Mundial da Saúde. A prevenção inicial visa impedir quaisquer formas de violência contra a mulher em uma sociedade machista, e a prevenção secundária visa detetar atos de violência perpetrados que não encontram proibição legal expressa e impedir a propagação ou continuidade dos mesmos. Por fim, a prevenção terciária visa evitar sequelas que podem ser frutos da violência.¹⁸

Graças a uma intensa produção legislativa internacional no sentido de proteger as vítimas de violência doméstica e assegurar-lhes o tratamento jurídico adequado, foi elaborado em Portugal o III Plano Nacional Contra a Violência Doméstica, após um estudo realizado em 2006 que indicou que em vários casos de violência doméstica ocorridos neste ano 87% das vítimas eram do sexo feminino. Após este instrumento legal também foram elaborados o IV Plano Nacional contra a Violência Doméstica, válido de 2011 a 2013, e finalmente o V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género, referente aos anos de 2014 a 2017.¹⁹

Este último vincula-se aos compromissos internacionais assumidos pelo país, especialmente à Convenção de Istambul já referida, e busca definir e combater outras formas de violência de gênero mais discutidas atualmente, como a mutilação genital feminina e diversas formas de agressões sexuais. Quanto à violência doméstica, tal Plano Nacional procura unificar o combate a este crime, contando com a participação dos órgãos da administração local, organizações da sociedade civil e empresas.

Também visa modificar as políticas públicas atuais de forma a aumentar a eficácia na erradicação deste crime e sensibilizar mais diretamente a população, não somente para o conhecimento da realidade que é a violência de gênero contra a mulher, bem como para as

¹⁸ FERREIRA, Maria Elisabete; *MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE VÍTIMAS VULNERÁVEIS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA*; Livro Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal; pp. 219-237; Universidade Católica Editora; 2016.

¹⁹ FERNANDES, Plácido Conde; *Violência Doméstica – novo quadro penal e processual penal*; Revista do CEJ n° 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal; pp. 293-339; 2008.

condutas que caracterizam o crime em si, medidas de proteção às vítimas, programas de intervenção junto aos agressores.²⁰

Imprescindível é tratar também da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, assinada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos e conhecida como Convenção de Belém do Pará, adotada no Brasil em 1994. Esta Convenção reafirma e assegura o exercício pleno e livre de todos os direitos civis pela mulher, tais como direito à vida, à integridade física, psicológica e moral, à segurança e liberdade, além de obrigar os Estados a atuar no sentido de prevenir e punir qualquer ato que viole estes direitos.²¹

Tal Convenção poderá ser aplicada, ainda, se o Estado não tiver cumprido com as obrigações previstas no artigo 7 deste diploma, logo for omissivo. Os Estados também devem adotar diversas recomendações no intuito de combater este fenômeno mundial da violência de gênero, tais como assegurar programas de reabilitação eficazes para a mulher, promover campanhas e outros meios de alterar os padrões sociais que toleram estes atos de violência cotidiana dentro do lar, local este que deveria oferecer segurança e conforto para aqueles que coabitam ou convivem dentro de um relacionamento.²²

Outro documento internacional que influenciou no tratamento da questão no Brasil, conforme abordado anteriormente, foi a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em Pequim no ano de 1995. Foram detetadas 12 áreas que devem ser consideradas de preocupação mundial, sendo duas delas a de violência contra a mulher e a deficiência na promoção pública e proteção dos direitos das mulheres.

²⁰ V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género. Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2013. Disponível em:

https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2014/01/V_PL_PREV_COMBATE.pdf

Acesso em: 17/10/2016.

²¹ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em:

<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>

Acesso em: 18/10/2016.

²² Artigo 8 da Convenção supra.

Por fim, a Declaração e Plataforma de Ação realizada em Pequim expande o conceito de violência contra a mulher que foi trazido pela Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres, e define que não devem ser abordados apenas os atos que podem resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais às mulheres que sofrem violência doméstica, mas ainda de ofensas perpetradas aos direitos destas em contextos diversos, por exemplo em situações de conflito armado, violação, gravidez ou aborto forçados, esterilização forçada, bem como outros atos violentos que muitas mulheres sofreram nestes conflitos e não foram denunciados, geralmente por opressão da parte considerada mais frágil.²³

2- ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

2.1- Legislação Brasileira e a questão do gênero

Neste tópico, será abordada a Lei 11.340 de 2006, com uma breve explicação sobre a decisão internacional que influenciou sua criação devido à negligência do Estado Brasileiro em tratar do problema da violência de gênero em sua legislação e quais são suas finalidades, bem como o avanço que a Lei trouxe para a sociedade no tratamento jurídico concedido às vítimas e agentes deste problema delicado.

Também serão citados os tratamentos dados na busca de solução quanto ao fenômeno violência de gênero e desigualdade entre homens e mulheres pelo Código Penal e Constituição Federal, bem como tecidas críticas sobre alguns pontos essenciais.

2.1.1- Lei nº 11.340/2006

²³ Apresentação da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher; Pequim, 1995. Disponível em:

http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim.pdf

Acesso em: 27/10/2016.

A Lei 11.340 de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, foi aprovada no Brasil devido à ação de diversos movimentos feministas que buscaram combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Nos dias de hoje, o modelo de família adotado pelo Estado envolve participação ativa de todos os membros da família, bem como igualdade de gêneros e aceitação de modelos menos convencionais de família, tais como uniões homoafetivas, informais, relacionamentos reconstruídos, relacionamentos com transsexuais, nos quais o princípio mais importante é a felicidade. As mudanças sociais a fim de emancipar as mulheres com reconhecimento da necessidade de participação mais ativa destas nos diversos cargos públicos, políticos também podem ser consideradas como um fator que potencializa as situações de violência dentro do lar ou em relacionamentos amorosos, como se estas justificassem a falha no cumprimento de papéis de gênero anteriormente impostos.²⁴

De maneira breve, a Lei 11.340 ficou conhecida como Maria da Penha em razão de Maria da Penha Fernandes, brasileira que foi vítima de diversos atos de violência doméstica durante anos, bem como sofreu duas tentativas de homicídio perpetradas por seu conjugue à época, que resultaram em uma deficiência permanente de perda da mobilidade dos membros inferiores, além dos diversos danos psicológicos e constante medo de conviver em um relacionamento abusivo.²⁵

Tais factos foram investigados em 1983, entretanto a denúncia foi oferecida apenas um ano depois. Após a anulação do julgamento que condenou o réu a oito anos de prisão devido aos crimes supracitados, em 1991, foi submetido a novo julgamento em 1996, sendo que recorreu novamente em liberdade e apenas cumpriu dois anos da pena de prisão em regime fechado efetivamente a partir de 2002.

Nestes termos, não restam dúvidas de que a justiça brasileira foi completamente negligente no julgamento deste caso, bem como o Ministério Público, razão pela qual o Centro pela Justiça e o Direito Internacional e o Comité Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher tomaram conhecimento e realizaram uma denúncia

²⁴ DIAS, Maria Berenice e REINHEIMER, Thiele Lopes; *Da violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos – artigo 6º*; In. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 195-200; 2011.

²⁵ GOMES, Olívia Cardoso, Licenciada em Direito; *Lei brasileira de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher: a criminalização do gênero masculino*; Scientia Iuridica n° 320, Tomo LVIII, 2009.

conjunta perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Organização dos Estados Americanos.

No ano de 2001, estes organismos internacionais condenaram o Estado Brasileiro a pagar uma indenização em favor da vítima devido à negligência no tratamento deste caso, quando deveria ter sido responsável pela proteção da vítima que utiliza-se do seu direito de acesso à justiça e assegurado que o acusado cumprisse pena justa e adequada pelos crimes cometidos e comprovados.²⁶

A Lei inovou ao conceituar a violência doméstica, uma vez que trouxe diversos atos que podem configurar lesões a direitos da mulher, bem como diversas condutas que configuram tal violência, em seus artigos 5º e 7º respectivamente. Também definiu o que pode ser considerado família, não somente dentro do conceito tradicional de família trazido pelo Código Civil Brasileiro, mas com um conceito amplo que inclui pessoas unidas por laços de afinidade e não apenas por imposição legal.

Todavia, é importante citar que quanto às relações de namoro, em que pese sejam abrangidas pelo conceito de relação íntima de afeto, não dependendo portanto da coabitação, deve ser avaliado caso a caso particularmente. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que é possível a interpretação mais extensiva da Lei, entretanto não a ponto de incluir no âmbito de incidência relacionamentos passageiros entre vítima e agressor.²⁷

Fundamental é relembrar que a Lei 11.340 tem um caráter muito protetivo, pois prevê inúmeras medidas protetivas de urgência que visam interromper imediatamente as agressões e assegurar a saúde física e psicológica da mulher durante o trâmite processual. Entretanto, o tipo de ação penal a ser ajuizada dependerá do crime correspondente às condutas praticadas, nem sempre sendo pública incondicionada. A proteção diferenciada trazida pela Lei, nos termos do artigo 16, é no sentido de considerar que caso a ação penal seja pública porém condicionada à representação da vítima, esta somente poderá renunciar da representação concedida após realização de audiência designada especialmente para tal, perante o Juiz e com a participação do Ministério Público.

²⁶ GOMES, Olívia Cardoso, loc. Cit.

²⁷ DIAS, Maria Berenice; *A LEI MARIA DA PENHA NA JUSTIÇA: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*; 3ª edição revista, atualizada e ampliada; Editora Revista dos Tribunais; pp. 43-121.

O Superior Tribunal de Justiça, na 41^a edição de Jurisprudência em Teses publicada em 2015, trouxe alguns entendimentos no sentido de vincular as decisões futuras em relação ao processamento e julgamento de crimes de violência doméstica, conforme previsão da Lei 11.340/06. Cumpre trazer à baila alguns destes entendimentos relevantes ao estudo em causa, que foca na questão do gênero.²⁸

Um dos entendimentos é de que o sujeito ativo pode ser tanto homem quanto mulher, tendo em vista que a própria Lei reconhece as uniões homoafetivas como entidades familiares e suscetíveis de serem incluídas no âmbito de proteção.

Entretanto, o sujeito passivo da violência doméstica continua sendo exclusivamente a mulher, uma vez que a finalidade da Lei é dar maior visibilidade ao fenômeno que já era percebido na sociedade anteriormente, sendo que na grande maioria dos casos a vítima de violência cometida dentro de uma relação doméstica, familiar ou afetiva é a mulher, e ainda atuar como ação afirmativa com a finalidade de buscar a implementação de uma igualdade fáctica entre homens e mulheres, em razão da discriminação e desfavorecimento do gênero feminino que perdurou por muito tempo na cultura do país.²⁹

Outro entendimento relevante do Superior Tribunal de Justiça que cumpre ser citado é o de que deve ser demonstrada a situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência da mulher que sofreu quaisquer tipos de violência dentro do relacionamento afetivo para que a Lei seja aplicada ao caso. Importante esclarecer que tal dependência pode ser apenas psicológica, portanto acredito que este entendimento do STJ é abrangente, embora talvez seja complicado, na prática, demonstrar uma dependência puramente afetiva da mulher no caso concreto, sendo necessárias avaliações psicológicas por profissional habilitado no sentido de comprovar esta dependência.

A Lei 11.340 não traz qualquer redação expressa neste sentido, sendo abrangente no que tange à vítima de violência física, psicológica, sexual, desde que haja a ligação

²⁸ Jurisprudência em Teses, STJ; Edição n. 41; Brasília, 16 de setembro de 2015. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20C3%AAncia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf

Acesso em: 15/11/2016.

²⁹ GOMES, Olívia Cardoso, Licenciada em Direito; *Lei brasileira de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher: a criminalização do gênero masculino*; Scientia Iuridica n° 320, Tomo LVIII, 2009.

íntima entre sujeitos passivo e ativo do crime, não sendo necessária a coabitação para caracterizar a relação.³⁰

A Lei contribuiu positivamente para incentivar as vítimas desta violência recorrente a buscar seus direitos a uma vida digna, livre de preconceitos, discriminações e violência, bem como mudou o pensamento social generalizado sobre a não intervenção ou intervenção mínima estatal nas relações íntimas onde ocorre inferiorização do gênero feminino. Contudo, é relevante citar o pensamento da autora Olívia Cardoso Gomes (2009), no sentido de que o gênero masculino foi excessivamente estereotipado na letra daquela, levando-se em conta o facto de que, embora o homem seja muitas vezes o sujeito ativo do crime, também pode figurar como sujeito passivo, independentemente do gênero do agressor.

Cmpre ressaltar que a Lei 9.099/95 destinada a tratar do processo mais célere e simplificado cabível para crimes de menor potencial ofensivo, sendo estes os crimes cuja pena máxima abstratamente prevista não é superior a 2 anos conforme artigo 61 desta Lei, não pode ser aplicada em nenhuma hipótese a casos concretos em que seja configurada a prática de violência doméstica, independentemente da pena prevista, nos termos do artigo 41 da Lei 11.340 de 2006. Acredito que a intenção inicial foi muito eficaz no sentido de tratar de forma diferenciada o problema que visa ser combatido pela Lei, tendo em vista as situações recorrentes de violência doméstica no país, nas quais a vítima pertence ao gênero feminino.

Entretanto, o autor Thiago Ávila (2014) discute a possibilidade de alterar a Lei brasileira no sentido de permitir a utilização da suspensão provisória do processo em casos concretos que passam por procedimento judicial onde verifica-se ocorrência de violência doméstica. O grande receito quanto a utilização deste instrumento é que este poderia banalizar os atos frequentes de violência de gênero praticados dentro dos lares por pessoas que nem sempre possuem este caráter violento e agressivo nas outras esferas da vida, mas que cotidianamente violam a dignidade da mulher com quem convivem como forma de controle e manutenção do pátrio poder. Portanto, não creio que deva ser permitido este

³⁰ Jurisprudência em Teses, STJ; Edição n. 41; Brasília, 16 de setembro de 2015. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf

Acesso em: 15/11/2016.

instituto da suspensão provisória processual nas situação de violência doméstica, ao menos não na atual realidade.³¹

Embora a Lei 11.340/06 seja muito completa em diversos aspetos, a falta do crime específico de violência doméstica, o qual envolveria diversas condutas que não necessariamente correspondam a outros tipos penais como estupro, injúria, ameaça, lesão corporal, sequestro, dentre outros, pode ser um fator que desmotiva as vítimas a buscarem auxílio externo enquanto não se consideram ainda vítimas, mas já sofrem atos abusivos que não configuram atos típicos individualmente, mas que se praticados de forma constante e com intenção clara de dominar, possuem relevância penal.

Não podem ser desconsiderados da esfera de proteção os atos de “microviolência” que não encontram correspondência em qualquer artigo do Código Penal, ou sequer no Decreto-Lei 3.688/41 que trata das contravenções penais, mas que quando são praticados de forma contínua pelo agressor, com clara intenção de controlar a vítima no âmbito doméstico, são suficientes para abalar sua auto-estima e confiança impedindo-a de sair daquele ciclo violento. Tais atos contínuos deveriam possuir a mesma relevância penal que outras condutas já criminalizadas, desde que praticadas pelo agente que se prevalece da relação afetiva para tal prática.

Por fim, foi escolhida uma problemática no Brasil que será objeto de discussão principal, quer seja a atual inaplicabilidade da Lei 11.340/06 a homens vítimas de violência doméstica, exceto por algumas decisões judiciais escassas que permitem a analogia *in bonam partem*, mesmo com a decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não permitir tal analogia conforme tratado, sendo esta de caráter vinculativo.

Acredito que a falta de estatísticas suficientes para comprovar que o homem também pode ser vítima deste crime, talvez por medo de retaliação, falta de credibilidade ou humilhação perante conhecidos, dificulta a alteração para incluir quaisquer vítimas independentemente do gênero no âmbito de proteção legal.

Cabe citar algumas decisões judiciais inovadoras ao reconhecer a aplicação da Lei 11.340/06 a homens que figuraram como vítimas em determinados casos concretos. A primeira é do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

³¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de; e outros; *MODELOS EUROPEUS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO: Experiências e Representações Sociais*; Escola Superior do Ministério Público da União; Brasília-DF, 2014.

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO MATERNO-FILIAL. MÃE E FILHO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA QUANDO A VÍTIMA FOR DO SEXO MASCULINO. A APLICAÇÃO DA ANALOGIA NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA. A VARA ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PRESSUPÕE QUE A VÍTIMA SEJA DO SEXO FEMININO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

A Lei nº 11.340/06 deve ser tratada como uma lei de gênero, que se destina a proteger a mulher, em face de sua fragilidade dentro de um contexto histórico, social e cultural. Neste caso, entendeu-se que as mulheres são seres que merecem atenção especial, dado o contexto de violência e submissão que freqüentemente se encontram inseridas. Verifica-se **perfeitamente possível estender as medidas protetivas, de caráter não penal, previstas na Lei nº 11.340/06 em favor de qualquer pessoa (sujeito passivo), desde que a violência tenha ocorrido dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo.** Nesse caso, a pessoa a ser protegida pode ser tanto o homem quanto a mulher”. (*grifo próprio*)

(Tribunal de Justiça do Espírito Santo – TJES. Conflito de Competência 100120021330. 2ª Câmara Criminal. Relator: Sérgio Luiz Teixeira Gama. Julgado em 05/09/2012) ³²

Tal decisão é perfeitamente compatível com a finalidade do legislador, uma vez que não diminui a proteção concedida às mulheres vítimas de uma violência praticada dentro do lar, espaço que deveria oferecer segurança e tranquilidade, porém reconhece que, embora a violência de gênero ainda esteja presente em nossa sociedade atual, a mesma já tem uma alta visibilidade conferida pela Lei. Além disso, reconhece que homens também podem ser vítimas da violência doméstica, e devem ser igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, especialmente neste caso onde foi praticada entre mãe e filho, visto que aquela tem um poder de controle sobre este.

Cabem ser trazidas outras decisões em relação ao reconhecimento da analogia *in bonam partem* das medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 ao homem vítima de violência praticada dentro de um relacionamento abusivo, ou em virtude deste, sendo uma delas proferida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

(...)

³² SILVA, Danúbia Cantieri. A aplicação da Lei Maria da Penha na proteção dos direitos do homem. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12899

Acesso em: 13/12/2016.

A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, propiciando a **aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar.** (...) Recurso provido para afastar o óbice. (*grifo próprio*) (TJMG, ApCrim. 1.0672.07.249317-0, j. 06.11.2007, rel. Judimar Biber, data da publicação 21.11.2008).³³

A última é uma decisão é interlocutória, proferida pelo Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá:

(...)

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o **homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência**, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

(...)

Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. Pag. 48) **Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime.** Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível

³³ MACHADO, Rodrigo de Oliveira. *Aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2955, 4 ago. 2011. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/19703>

Acesso em: 13/12/2016.

contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. (*grifo próprio*)

(...)

(Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos nº 1074/2008)³⁴

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais utiliza a inconstitucionalidade relativa como justificativa para extensão das medidas da Lei em comento à quaisquer vítimas de violência doméstica independente do gênero, ainda que esta Lei já tenha sido considerada constitucional pelo STF. Não acredito que seja inconstitucional, até porque discriminações positivas que favorecem a mulher no sentido de buscar a igualdade material foram necessárias diante da realidade discriminatória e negligência do Estado brasileiro no tratamento dos casos concretos.

Todavia, parece ser um momento adequado para alterar a Lei no sentido de alcançar outros sujeitos passivos tendo em vista que esta alcançou a visibilidade esperada após dez anos de vigência, e ainda porque o direito não é único modo eficaz de combate à violência de gênero. As campanhas publicitárias no sentido de empoderamento feminino, bem como estudo interdisciplinar realizado por outras áreas como políticas públicas, saúde, passeatas e manifestações são meios de buscar a igualdade material.

Quanto à decisão proferida pelo juiz Mário Roberto do Juizado Especial Criminal de Cuiabá, parece muito acertada ao reconhecer a importância da Lei 11.340/06 em trazer segurança às mulheres que sofreram violência dentro dos lares e relacionamentos abusivos cotidianamente mas encontraram dificuldades em ter seus direitos fundamentais reconhecidos e protegidos pelo ordenamento jurídico. Entretanto, reconhece também que os homens podem ser vítimas de tal crime que visa o controle sobre a outra parte, portanto devem ser favorecidos com medidas protetivas especiais para estes casos, e não tratados como vítimas de crimes cometidos por qualquer pessoa.

³⁴ JUSBRASIL. Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem. JusBrasil. Direito Público. 31 out 2008. Disponível em:

<http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protger-homem>

Acesso em: 13/12/2016.

2.1.2- Código Penal e Constituição Federal Brasileira

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, é um marco jurídico relevante da redemocratização do país, uma vez que retoma diversos direitos fundamentais e garantias que foram suprimidos no regime ditatorial, além de prever novos direitos, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio básico.

A Constituição protege os direitos humanos de forma primordial, pois determina a incorporação destes no ordenamento jurídico nacional quando forem previstos em tratados internacionais nos quais o Brasil é país signatário, sendo que estes podem ser equiparados à emendas constitucionais se a aprovação dos tratados seguir o rito especial previsto no artigo 5º, § 3º deste diploma legal. Este incorpora também várias reivindicações que foram trazidas por movimentos feministas anteriores em seu texto. Nestes termos, o artigo 226, § 5º, prevê que homens e mulheres são iguais no âmbito familiar, e o § 8º do mesmo artigo impõe ao Estado obrigação legal de garantir a proteção de cada membro da família, coibindo a prática de violência doméstica. (CEDAW, 2002)

Entretanto, ainda que a Lei Maior seja completa e siga as vertentes repressiva, protetiva e de promoção da igualdade, verifica-se que a jurisprudência nacional ainda trata homens e mulheres de maneira distinta, e não necessariamente de forma mais benéfica em relação à mulher, mas avaliando várias situações similares de forma discriminatória a depender do gênero do agente que participa das mesmas. A jurisprudência e o senso comum não apenas discriminam a mulher em certos aspectos, mas ainda banalizam ou minimizam atitudes machistas que são praticadas no dia a dia, bem como atos de microviolência que podem trazer danos a longo prazo.

Quanto ao Código Penal Brasileiro, foi incluído o artigo 128 que traz duas situações nas quais o aborto não é punido, quer seja quando a gestante correr risco de vida, ou quando a gravidez for resultante de estupro. Além disso, após julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema considerou que o aborto de feto anencéfalo não deve ser tipificado como conduta enquadrada nos artigos referentes ao crime de estupro.

Outras inovações importantes no referido diploma foram prever os crimes de estupro e atentado violento ao pudor como tipo legal único, que pode incluir diversas

condutas libidinosas, conforme artigo 213, e tratar este e outros crimes sexuais como crimes contra a liberdade da pessoa, e não crimes contra os costumes.³⁵

A Lei 11.340 de 2006 incluiu o § 9º no artigo 129 do Código Penal, que traz uma pena agravada no caso de lesão corporal simples, bem como prevê uma causa de aumento desta pena no caso de ser lesão corporal grave, gravíssima ou a conduta resultar na morte da vítima, pelo simples facto de ser o crime praticado por agente que prevalece da relação doméstica ou afetiva, em razão da especial gravidade deste crime quando espera-se confiança e respeito daquele que o pratica. Neste caso, a causa especial que justifica pena mais elevada não leva em conta o gênero da vítima.

Por fim, é importante tratar de uma Lei cuja criação foi recomendada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher, que investigou a ocorrência de violência contra a mulher por questão de gênero nos anos de 2012 e 2013. A recomendação deu-se no sentido de que o homicídio praticado contra mulheres especificamente por razão do gênero ao qual pertencem deve ser uma circunstância que aumenta a pena, portanto qualifica o crime. Nestes termos, a Lei 13.104 de 2015 veio para alterar o artigo 121 do Código Penal, incluindo o feminicídio como uma das hipóteses que qualifica o tipo legal.³⁶

Nestes termos, será configurada a prática de feminicídio, cuja pena abstrata prevista é de 12 a 30 anos de reclusão, quando o crime for cometido em razão da condição do sexo feminino, que será verificado em casos de violência doméstica e familiar prévia entre o agente e vítima, ou quando há menosprezo ou discriminação à condição de mulher, mas principalmente porque a morte da mulher é um resultado comum após um longo ciclo de violências perpetradas por seu parceiro(a), se não for rompido.

A Doutora Alice Bianchini (2015) ressalta que a criminalização do feminicídio é essencial, não porque veio exclusivamente para diminuir a incidência do crime conforme crítica de doutrinadores contrários a esta criminalização, mas porque é um meio de busca da justiça nos casos concretos, uma vez que o homicídio doloso no Brasil é julgado em

³⁵ CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, protocolo facultativo*; pp. 19 a 71; Brasília, Ministério das Relações Exteriores; 2002.

³⁶ LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm

Acesso em: 07/11/2016.

Tribunal no Júri, seguindo rito diferenciado, sendo que os jurados não precisam de fundamentação para condenar ou absolver o agente, visto que o fazem de acordo com sua convicção íntima firmada a partir das provas e argumentos apresentados pela acusação e defesa.

O resultado disto é que o agente nem sempre é condenado a uma pena concreta ao final do julgamento, pois as vezes a maioria dos jurados convence-se de que, embora tenha sido aquele a praticar o crime de homicídio contra a mulher com quem manteve relacionamento íntimo, não há razão para condená-lo a pena de prisão, ou ainda, é condenado a uma pena desproporcional à gravidade da ação. Além disso, a autora também afirma que a Lei 13.104 é eficaz no sentido de dar maior visibilidade ao número elevado de mortes das mulheres vítimas de violência doméstica.³⁷

Tal Lei é definitivamente importante para incitar maior discussão nas diversas esferas sobre este fenômeno que era inominado, o de homicídio contra mulheres na crença de que são inferiores aos homens e devem ser subjugadas, tendo em vista que a Lei 11.340 também foi eficaz neste sentido, porém não foi suficiente para erradicar a violência de gênero e punir de forma adequada o autor do crime considerando o desvalor da ação e do resultado. Contudo, ainda é passível de críticas, inclusive ao limitar a aplicação da lei apenas a pessoas do sexo feminino, portanto considerando apenas uma vertente biológica, no sentido de não proteger por exemplo transsexuais ou travestis que identificam-se com o gênero feminino.

2.2- Legislação Portuguesa e a questão do gênero

No sistema penal português, diferentemente do que ocorreu no sistema penal brasileiro, não há especificação do gênero na criminalização da violência doméstica, embora o sujeito passivo dos atos seja, na maioria dos casos, a mulher. Conforme pesquisa realizada pela APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima – em 2004, a vítima de

³⁷ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Femicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em:

<http://institutoavantebrasil.com.br/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>

Acesso em: 05/12/2016.

violência doméstica é geralmente do sexo feminino, com idade compreendida entre 26 e 45 anos de idade, casada. Não é descartada a possibilidade de haver outras vítimas que não se enquadram neste perfil, seja por razão do sexo, idade, estado civil, mas tal perfil traçado revela os casos mais comuns.³⁸

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate da Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica adotada em Istambul, da qual Portugal é Estado-membro signatário, traz um conceito preciso de violência doméstica, em seu artigo 3º. Nestes termos, a violência doméstica:³⁹

(...) designa todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infrator partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima.

Este problema assume a desigualdade material entre homens e mulheres e tem cunho fortemente cultural, razão que justifica a tutela penal mais reforçada e com maior intervenção do Estado no tratamento dos casos concretos, bem como o âmbito subjetivo mais alargado, englobando não somente conjugues mas ainda namorados, ex-namorados e ex-cônjuges, visto que o término do relacionamento amoroso muitas vezes gera um sentimento de ódio de um dos lados, ou ambos.

2.2.1- Código Penal e Constituição da República Portuguesa

O Código Penal Português, Decreto-Lei nº 48/95, prevê em seu artigo 152 o crime de violência doméstica, que abrange diversas condutas típicas aptas a configurar maus tratos. Neste tipo ilícito, o sujeito passivo deve necessariamente possuir alguma relação de intimidade com o agressor, logo não é crime comum, conforme previsão do inciso 1, alíneas “a” a “d”. Podem ser consideradas vítimas deste crime o conjugue, ex-cônjuge, pessoa com quem este mantenha relação análoga a do casamento, progenitor comum de descendente ou pessoa particularmente indefesa com quem este coabite.

³⁸ BRAVO, Jorge dos Reis; *A actuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica*; Revista Ministério Público nº 102, 2005.

³⁹ RAVARA, Diogo; *Das ausências ao trabalho decorrentes de violência doméstica*; Revista do CEJ, 2014-II; 2015.

O crime de violência doméstica é considerado público, portanto qualquer pessoa que tenha conhecimento da prática do crime pode denunciá-lo juntamente à autoridade competente ou a PSP – Polícia de Segurança Pública, e o Ministério Público como dominus da ação penal pode iniciar e dar continuidade a inquérito e eventual processo criminal, caso hajam indícios suficientes dos factos e autoria. Nestes termos, a vítima não pode desistir da ação após oferecimento da denúncia.⁴⁰

A principal razão para este crime ter atualmente natureza pública é a importância de dar visibilidade a factos que transcendem o interesse das vítimas, uma vez que podem haver outras vítimas indiretamente atingidas pelo crime, tais como descendentes do agressor e daquela. Além disso, agressões e abusos dos mais diversos tipos sempre ocorreram dentro de relações afetivas, porém aqueles que sofrem as agressões começaram a procurar auxílio de associações como a APAV, UMAR – União de Mulheres Alternativa e Resposta - ou da própria PSP nos últimos anos.

Tal crime possui natureza específica imprópria, visto que o autor não é qualquer pessoa mas sim aquele que possui uma qualidade especial, quer seja o relacionamento afetivo com a vítima. Cumpre ressaltar que esta qualidade não justifica a prática do crime, mas agrava a mesma, razão pela qual deve haver esta intervenção do direito penal no sentido de salvaguardar interesses sociais.⁴¹

A razão para esta especialidade do sujeito passivo é a preocupação em reforçar a tutela daqueles que sofrem de maus tratos exercidos por uma pessoa com quem a vítima escolheu estabelecer uma relação familiar, seja presente ou anterior à prática dos factos, visto que estes revelam uma especial perversidade do agente, ou seja, uma quebra da confiança que se espera dentro de um relacionamento íntimo. O próprio artigo 67, n° 1 da Constituição da República Portuguesa traz a seguinte redação:

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

⁴⁰ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de; *Dos maus tratos a conjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?*; Revista do Ministério Público n° 107 – Jul/Set 2006; pp. 112 a 120.

⁴¹ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de; Loc. Cit.

Logo, o Estado deve interferir na vida familiar caso os interesses e direitos fundamentais de um ou mais membros da família estejam em risco, uma vez que este é responsável por garantir o livre cumprimento destes direitos por seus titulares.

Importante ressaltar que a revisão do Código Penal realizada em 2007 autonomizou as condutas que podem ser tipificadas como maus tratos dentro de um relacionamento amoroso, ou no caso de pessoa que conviva com o sujeito ativo e possua alguma característica que a torne mais vulnerável, como deficiência física ou dependência econômica, diferenciando do crime de maus tratos praticado contra menor, pessoa particularmente indefesa, ou ainda da violação de regras de segurança, tipos previstos nos artigos 152-A e 152-B.⁴²

Já há entendimento sedimentado quanto ao bem jurídico protegido pelo artigo 152 do Código Penal Português quer seja considerando que este é a saúde, conforme Taipa de Carvalho (2012) e Lamas Leite (2014). Plácido Fernandes (2008) define que a saúde é manifestação do princípio corolário da dignidade da pessoa humana e garantia de integridade contra maus tratos degradantes da personalidade e integridade da vítima. Nestes termos, o bem jurídico é complexo, uma vez que inclui não somente a saúde física do indivíduo, como também a psíquica, emocional e moral, visto que esta também pode ser perturbada em razão de comportamentos que podem ser enquadrados no tipo ilícito legalmente previsto. Este bem jurídico complexo justifica a natureza pública do crime e a importância do tratamento diferenciado.⁴³

Em relação à reiteração como pressuposto essencial, atualmente não exige-se a habitualidade para configurar o crime, portanto uma única ação pode integrar o mesmo, sendo possível a intervenção judicial. Todavia, o entendimento judicial dominante é de que não basta um único ato lesivo para enquadrar o crime como violência doméstica, este ato deve ser especialmente grave ou violento, do contrário qualquer ofensa a bem jurídico penalmente protegido praticado contra vítima que possui especial relação afetiva com o agressor bastaria para justificar a natureza pública e previsão de pena mais gravosa.⁴⁴

⁴² BRANDÃO, Nuno; *A tutela penal especial reforçada da violência doméstica*; Revista Julgar, n° 12; 2010.

⁴³ FERNANDES, Plácido Conde; *Violência Doméstica – novo quadro penal e processual penal*; Revista do CEJ n° 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal; pp. 293-339; 2008.

⁴⁴ BRANDÃO, Nuno; Loc. Cit.

Esta necessidade de ser a ação praticada pelo agressor grave o suficiente para configurar o delito de violência doméstica, ou condutas habituais sem grande rigor no que toca ao lapso temporal entre as mesmas, não há grande divergência entre as decisões dos Tribunais da Relação no país ao julgar casos concretos. Cumpre trazer à baila uma decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que entende não ser configurado o delito de violência doméstica, visto que os factos relatados são insuficientes para lesar efetivamente o bem jurídico protegido:

ACRL de 05-07-2016 Crime de violência doméstica. Lesão do bem jurídico.

(...)

2. Se o crime de violência doméstica é punido mais gravemente que os ilícitos de ofensas à integridade física, ameaças, coacção, sequestro, difamação e injúrias, etc., e se é distinto o bem jurídico tutelado pela respectiva norma incriminadora, então, **para a densificação do conceito de maus tratos, físicos e psíquicos, não pode servir toda e qualquer ofensa** (cf. Acórdão da Relação de Lisboa, de 15-01-2013, processo 1 3 54/1 0.6TDLSB.L 1-5, www.dgsi.pt).

(...)

7. As ofensas consistiram em palavras insultuosas, não encerrando qualquer mais relativamente a qualquer outra situação idêntica, da qual se evidenciasse uma especial humilhação, ou degradação da dignidade da pessoa humana no âmbito desta particular relação interpessoal, ou seja, estamos perante **condutas que não têm a virtualidade de objectivamente, ultrapassar o amesquinamento, o vexame e a humilhação inerentes aos crime de injúria ou difamação, p. e p. pelos artigos 180.º e 181.º do Código Penal.**

(...)⁴⁵

Nestes termos, ainda que os factos ocorram entre pessoas que possuem a qualidade especial exigida para configurar o crime de violência doméstica do artigo 152 do Código Penal, a conduta praticada pelo sujeito ativo deve ser grave a ponto de ultrapassar os danos que poderiam ter ser causados por outro tipo penal correspondente, ou ainda, factos que ocorrem com certa habitualidade no sentido de manipular ou controlar a vítima, a qual acaba sofrendo consequências que se prolongam no tempo em decorrência destes atos.

Ainda quanto a este circunstancialismo de exigir que a conduta seja habitual dentro de um determinado período temporal ou suficientemente grave para exigir a reprovação penal deste artigo, cumpre ressaltar a linha de pensamento do autor Ricardo Jorge

⁴⁵ **ACRL de 05-07-2016 Crime de violência doméstica. Lesão do bem jurídico.** Processo 662/13.9GDMFR.L1 5ª Secção. Desembargadores: *Jorge Gonçalves - Maria José Machado.* Sumário elaborado por Ana Paula Vitorino. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. RECURSO N ° 662/13.9GDMFR.L1. Comarca de Lisboa Oeste. Mafra - Inst. Local- Secção Criminal- J2.

Bragança de Matos (2006), de que os atos de violência perpetrados no âmbito doméstico ou familiar afetam a dignidade humana do ofendido e revelam uma desigualdade de poderes principalmente baseada no gênero onde as partes devem ser tratadas de maneira igualitária, devendo ser considerados como passíveis de punição pelo artigo 152, visto que a violência pode ocorrer de diversas maneiras, portanto é multifacetária. Entretanto, uma só conduta que não seja grave o suficiente dificilmente poderia ser punida como crime de violência doméstica, portanto com maior desvalor, tendo em vista que a lei é fragmentária.⁴⁶

Importante ressaltar que determinados crimes previstos em artigos próprios do Código Penal podem ser enquadrados no crime de violência doméstica se estiver presente a condição objetiva dos sujeitos ativo e passivo, quer seja a relação especial entre estes, seja como namorados, conjugues, progenitores de filho comum, tais como ameaça, injúria, ofensa à integridade física. Todavia, quando for praticada conduta que possa ser enquadrada em crime cuja pena máxima abstratamente prevista é superior a 5 anos, portanto mais grave que a pena prevista para o crime de violência doméstica, será aplicada a regra da subsidiariedade. Nestes termos, o agente será processado e julgado nos termos do artigo próprio do crime comum, por exemplo violação ou ofensa corporal grave, e não nos termos do artigo 152, mesmo que o crime tenha ocorrido em contexto doméstico.⁴⁷

Entretanto, condutas que não tenham previsão legal expressa definida em outros artigos também podem configurar o crime de violência doméstica, desde que suficientes para afetar a saúde da vítima de forma ampla, em razão da motivação do agente, intensidade ou habitualidade dos atos praticados, que são considerados em conjunto durante determinado período de tempo e não individualmente.⁴⁸

Pinto de Albuquerque (2015) explicita a relação de especialidade do crime de violência doméstica com outros cuja pena é inferior a pena máxima daquele, portanto a punição por violência doméstica afasta a do outro crime, bem como a subsidiariedade

⁴⁶ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de; *Dos maus tratos a conjugue à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?*; Revista do Ministério Público n° 107 – Jul/Set 2006; pp. 100 a 108; 2006.

⁴⁷ BRANDÃO, Nuno; *A tutela penal especial reforçada da violência doméstica*; Revista Julgar, n° 12; 2010.

⁴⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*; 3ª edição atualizada; Universidade Católica Editora; novembro/2015.

expressa com os crimes cuja punição é mais grave, logo a pena máxima prevista é superior a 5 anos. Nestes termos:

O crime de violência doméstica é uma forma **especial** do crime de maus-tratos, tendo o legislador feito preceder o crime especial em relação ao crime geral (...). O crime de violação doméstica está numa relação de **concurso aparente (subsidiariedade expressa)** com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que prisão de 5 anos. Isto é, a punição destes crimes afasta a da violência doméstica. (Albuquerque, 2015, p. 594)

Também é relevante citar que não é cabível a figura de crime continuado no caso de as ações configurarem violência doméstica, conforme a Lei nº 40/2010, uma vez que tal crime pode ser constituído por diversas condutas que também caracterizariam outros crimes em contexto diverso, tais como injúrias, ofensas sexuais, ofensas à integridade física, mas no caso de existir a relação afetiva prevista no artigo 152 entre os sujeitos, passam a configurar crime único.⁴⁹

Além disso, a violência doméstica absorve outros ilícitos que sejam puníveis com pena máxima de até 5 anos, em razão de sua especialidade em relação a outros crimes, por exemplo o de ofensa corporal simples. Portanto, uma definição mais precisa é a de que, havendo confronto entre as normas quando o agente pratica diversas condutas que ferem o mesmo bem jurídico, no contexto doméstico ou dentro de relacionamento íntimo que demonstram tratar-se de violência doméstica conforme a definição legal, o critério a ser utilizado é o teleológico-material que traduz uma relação de consunção.⁵⁰

Alguns doutrinadores criticam a proteção trazida pela Lei acerca da subsidiariedade do artigo 152, tendo em vista que se a conduta praticada for correspondente a outro crime e este traga pena abstrata mais grave que a trazida quando puder ser enquadrado como violência doméstica, então o agente tornar-se-á arguido e será processado pela prática daquele crime, portanto a vítima não será beneficiada com diversas medidas protetivas trazidas pela Lei 112 de 2009 por exemplo.⁵¹

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; cit. Loc.

⁵⁰ CARVALHO, Américo Taipa de; Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial; Dir. Jorge de Figueiredo Dias; Tomo I, 2a Edição; Coimbra Editora 2012; pp. 506-533.

⁵¹ Neste sentido CARVALHO, Américo Taipa de; BRANDÃO, Nuno; FERNANDES, Plácido Conde, e outros.

A finalidade do legislador foi de proteger a vítima no sentido de processar e julgar o sujeito ativo pelo crime cuja pena cabível seja mais gravosa, entretanto o resultado não parece ter sido mais favorável às mulheres que sofrem atos de violência doméstica habitualmente. Taipa de Carvalho (2012) afirma que o legislador acaba por esquecer da relação diferenciada existente entre agente e vítima do crime de violência doméstica, quer seja a relação que justifica a qualificada gravidade e aplicação de pena superior à que seria aplicada se fossem as mesmas condutas praticadas entre agentes que não possuem esta ligação.

Ainda que a intenção legal de punir o agente com pena de prisão mais elevada quando a conduta materializadora do crime de violência doméstica adequa-se a tipo penal mais grave seja nobre em relação à vítima, a punição será por crime que segue procedimento comum e não por aquele, logo a relação especial entre os agentes não possui mais a relevância-penal que poderia trazer benefícios à vítima tendo em vista sua fragilidade na situação de possui uma ligação, e muitas vezes dependência emocional com o agente do crime. Seria mais correto estabelecer uma agravação nos limites penais, elevando a pena máxima prevista no artigo 152 do CP no caso de ser cabível pena superior à conduta que configura violência doméstica em outro dispositivo legal.⁵²

Este problema da subsidiariedade trazida expressamente pela Lei quando os atos que constituem o tipo referido ensejam punição mais gravosa que a prevista no artigo 152 do CP é algo que poderia ser resolvido com uma simples alteração da redação legal, conforme o Taipa de Carvalho (2012) sugere no Comentário ao Código Penal. Contudo, cumpre trazer outro problema que pode ser verificado quando do julgamento de casos concretos envolvendo prática de violência doméstica.

A desembargadora Ana Maria Barata de Brito (2014), em seu estudo sobre Violência doméstica, ressalta que, embora a tutela penal seja mais reforçada no caso de crimes cometidos entre agentes que possuem a especial relação que caracteriza a violência doméstica, uma vez que o bem jurídico violado neste caso é complexo e a vítima, que na maioria dos casos é do gênero feminino, merece uma proteção especial visto que as condutas perpetradas contra esta perturbam seu desenvolvimento e dignidade humana da forma mais degradante, a tendência dos tribunais em suas decisões tem conduzido ao resultado oposto.

⁵² CARVALHO, Américo Taipa de; Loc. Cit.

A autora apresenta uma problemática relacionada ao concurso entre infrações, que merece especial cuidado. Embora o concurso heterogêneo de crimes no contexto da violência doméstica, logo quando as condutas praticadas pelo agente podem integrar mais de um tipo penal específico, já seja trazido por diversos autores cujas obras foram brevemente supracitadas, o concurso homogêneo, quando o agente pratica mais de uma vez um só crime enquadrado na norma penal, não tem sido trabalhado como um problema na atual jurisprudência.⁵³

A norma é muito boa em alguns pontos, especialmente porque tutela diversas mulheres que sofrem a realidade da violência doméstica de gênero, embora também seja aplicável a homens, e não abrange apenas condutas que encontram previsão anterior na lei penal, mas ainda condutas que, individualmente consideradas, não configurariam crime por faltar a relevância, mas que somadas e praticadas conscientemente no intuito de humilhar e rebaixar a vítima, podem ser enquadradas no tipo penal do artigo 152, conceituando-se como micro violência continuada.⁵⁴

Porém, em diversos casos onde o autor dos factos pratica condutas reiteradas de forma a lesar a personalidade da mulher com quem convive ou coabita, sendo as condutas semelhantes no sentido de enquadrarem-se em tipo legal único, como de ofensa corporal por exemplo, os tribunais tendem a condenar apenas pela prática de violência doméstica. Claro que tudo dependeria de uma análise minuciosa de cada caso concreto, mas em muitas situações o lapso temporal entre condutas pode ser de muitos meses ou até anos, considerando que diversos agressores passam um período de calma e bem-estar com suas companheiras, esposas, seja devido a tratamento ou apenas uma fase em que consegue o perdão da mesma pelos atos violentos e convence-a de que pode mudar seus comportamentos. Nestes casos, em que o lapso temporal é relativamente grande, não faz sentido condenar apenas por um crime de violência doméstica, no qual a pena máxima não é elevada e pode não cumprir o papel que pretende na busca por justiça.

⁵³ BRITO, Ana Maria Barata de; PGR – Conferência – 01.12.2014. O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária. In. Colóquio “Crime de Violência Doméstica: Percursos Investigatórios”; Procuradoria-Geral da República. Disponível em:

http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica_2014-12-01.pdf

Acesso em: 06/12/2016.

⁵⁴ BRANDÃO, Nuno; A tutela penal especial reforçada da violência doméstica; Revista Julgar, no 12; 2010.

Nestes termos, Ana Maria Barata (2014) trata da possibilidade de considerar a hipótese de crimes de violência doméstica autônomos praticados dentro de um mesmo relacionamento abusivo e levados ao conhecimento dos órgãos judiciais por meio de queixa prestada pela vítima, e não um tipo penal único como ocorre em muitas situações.

2.2.2- *Leis nº 112/2009 e nº 61/91*

A Lei 112 de 2009 cumpre um papel essencial de proteção da vítima durante o curso processual, portanto antes de possível decisão condenatória definitiva, visto que traz diversas medidas de coação que podem ser aplicadas ao arguido com intuito de proteger de forma mais imediata a vítima que adquiriu este estatuto de novas agressões.

Conforme artigo 31 da referida Lei, totalmente compatível com o Código de Processo Penal, tais medidas podem ser aplicadas se for verificado que há perigo de fuga do agente, reiteração da atividade criminosa, perturbação da ordem pública ou da produção probatória dentro do inquérito ou instrução processual, ou ainda, em razão da personalidade do autor dos crimes. Além disso, é possível que seja decretada prisão preventiva do agente com finalidade protetiva. (Ferreira, 2016)

Tal diploma caracteriza a vítima especialmente vulnerável como uma figura fragilizada em razão da idade, nomeadamente crianças e idosos que possuem capacidade de resistência reduzida, bem como devido a um estado de saúde particularmente agravado, ou ainda aquela vítima que, após sofrer diversos atos de violência no âmbito doméstico, apresenta distúrbios psicológicos graves e maior dificuldade de integração social.⁵⁵

Embora tal Lei traga diversos princípios importantes que devem ser respeitados e garantidos às partes, tais como autonomia da vontade, confidencialidade e consentimento da vítima maior de 16 anos para a intervenção como forma de apoio, previstos nos artigos 7º a 9º da Lei, bem como medidas de coação, preocupação no sentido de reinserir o agente na sociedade e diversas garantias à vítima, conforma artigo 38, parece que faltam algumas

⁵⁵ FERREIRA, Maria Elisabete; *MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE VÍTIMAS VULNERÁVEIS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA*; Livro Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal; pp. 219-237; Universidade Católica Editora; 2016.

garantias para esta após o trâmite processual, no sentido de assegurar uma vida futura livre de agressões e violência.⁵⁶

O artigo 31, n. 1, alíneas “c” e “d” traz duas medidas que em muitos casos revelam-se necessárias e devem ser concedidas em prazo curto de 48 horas após haver constituição do arguido pela prática de violência doméstica, quer sejam impedir que este permaneça na residência da vítima ou em residência em comum onde os factos foram praticados e proibição de contato com a mesma ou outras pessoas envolvidas que possam correr riscos. Contudo, tais medidas são temporárias, e visam proteger a pessoa que sofre as agressões antes de uma decisão definitiva final.

Os artigos 40 e seguintes trazem obrigações para o Estado no sentido de apoiar financeiramente a vítima, caso esta dependa economicamente do agressor com quem convive para subsistência própria ou dos filhos, bem como a possibilidade de transferência do local de trabalho, apoio ao arrendamento, prioridade de acesso ao emprego, dentre outras medidas que visam assegurar uma vida posterior digna à mulher que sofreu dentro de um relacionamento abusivo. Ainda que tais artigos tragam muitos benefícios importantes, a concessão dos mesmos, na prática, às vezes depende de disponibilidade orçamentária estatal.

Além disso, após a decisão judicial definitiva, muitas vezes a vítima da violência é forçada a abandonar o lar e viver em casas de abrigo, conforme previsão dos artigos 63 a 65 da Lei, e não o contrário, exceto se o arguido for efetivamente condenado à pena de prisão. A finalidade destas casas é oferecer não somente abrigo, mas acolhimento e reintegração das vítimas com o oferecimento gratuito de serviços técnicos de apoio psicológico.

Conforme dados da APAV, o acolhimento das vítimas nas casas de abrigo é possível em duas situações: urgência, quando a mulher precisa de abrigo imediato até que seja encaminhada para outra casa de abrigo com acompanhamento contínuo e mais duradouro; acolhimento provisório na intervenção da crise, cujo prazo máximo é de seis

⁵⁶ Lei n° 112/2009, de 16 de Setembro; Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica e à Proteção e à Assistência das Suas Vítimas. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1138&tabela=leis

Acesso em: 08/11/2016.

meses, exceto se for necessária a permanência por período superior, desde que comprovado por avaliação realizada pela equipe técnica.⁵⁷

O artigo 200 do Código de Processo Penal prevê em seu n° 1, alínea “a” a obrigação de o agente do crime não permanecer na residência onde cometeu os atos que configuram o mesmo, portanto tal medida é perfeitamente cabível e adequada em casos de violência doméstica. A Lei 61 de 1991 trouxe esta obrigação de aplicar ao arguido a medida de coação referida com intuito de proteger especificamente a mulher vítima da violência dentro do relacionamento afetivo, conforme artigo 16. Importante trazer uma decisão judicial neste sentido, proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra:

(...)

[29] Como decorre da transcrição supra, a decisão recorrida estribou-se no perigo de continuação da actividade criminosa e no disposto no artº 204º al. c) do CPP. Argumenta-se que as exigências cautelares justificativas da medida radicam na «**reiteração ao longo do tempo**» e na presença de uma **personalidade «compulsiva»**, para além da proximidade vivencial, mesmo dando de barato que o casal ocupa dependências separadas.

(...)

[33] Como bem aponta o Sr. Procurador-Geral Adjunto, a imposição de afastamento da habitação constitui uma medida bastante gravosa, pois posterga um direito fundamental – **direito à habitação** – e pode afectar profundamente a socialização do arguido, designadamente quando **não tenha meios económicos que lhe permitam acolher-se noutra local ou familiares/amigos** que o recebam. Ainda assim, os **direitos fundamentais da vítima comportam igual valor** pelo que o princípio da concordância prática pode tornar indispensável a compressão de direitos do arguido, o qual, no limite, poderá recorrer à assistência social pública[11].

[34] Mas, no caso em apreço, não nos parece que o perigo de continuação criminosa atinja a intensidade considerada pelo Tribunal recorrido e torne necessária a medida imposta (...). (*grifo próprio*)⁵⁸

No acórdão supracitado, a decisão foi unânime no sentido de prover o recurso impretrado pelo arguido requerendo a revogação da medida de coação de afastamento da residência, por considerar que não há o perigo iminente de continuação dos atos de maus

⁵⁷ APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. Respostas Integradas e Programas. Vítimas de Violência Doméstica. Apoios sociais e de saúde. Casa de Abrigo. Disponível em:

<http://www.apav.pt/apoios/index.php/accordion-a/vitimas-de-violencia-domestica/casa-de-abrigo>

Acesso em: 12/12/2016.

⁵⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 02-06-2009. Processo: 39/08.8GCCNT-A.C1. JTRC. Relator: Fernando Ventura. Comarca de Cantanhede. MEDIDA DE COACÇÃO. AUDIÇÃO DO ARGUIDO. PRODUÇÃO DE PROVA. PROIBIÇÃO DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO. CRIME DE MAUS TRATOS E DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

tratos que configuraram o crime de violência doméstica no presente caso, uma vez que as armas de fogo que estavam em posse do arguido foram apreendidas, e as condutas violentas concentraram-se apenas em determinado mês.

Além disso, foi considerado que para que o direito à habitação do arguido seja suprimido por certo período deve haver este risco comprovado da prática de novas condutas de maior gravidade e intensidade, de maneira que a vítima também tenha seus direitos e segurança resguardados, e a medida de coação seja proporcional.

Por fim, interessante notar que os Juízes desta Secção Criminal também entenderam que o facto de não ter sido requerida inicialmente a aplicação de pena acessória de proibição de contactar com a vítima de forma cumulativa com este afastamento da residência, demonstra que o arguido provavelmente tem plenas condições de voltar a conviver em habitação comum com a vítima, ora assistente processual, após o trânsito em julgado da decisão.

3- EFICÁCIA INTERNA DAS LEIS

3.1- Comparação entre as legislações e eficácia

Nos dois países, existe uma preocupação crescente e cada vez mais pública de intervir nas relações intrafamiliares no sentido de proteger as vítimas de violência doméstica. Todavia, foi criada no Brasil a Lei 11.340/2006, que vem para trazer visibilidade ao fenómeno da violência doméstica de gênero e conceitua os tipos de violência que podem ser praticados, quer sejam psicológica, sexual, física, patrimonial e moral, mas cujas ações possíveis de criminalização não se esgotam nestes conceitos.⁵⁹

Nestes termos, a autoridade policial deve registrar a ocorrência e garantir que a vítima seja protegida, porventura solicitando as devidas medidas urgentes cabíveis nos termos do artigo 12, inciso III da Lei, descritas de forma explicativa pelo artigo 22 do referido diploma.

⁵⁹ LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm

Acesso em: 08/11/2016.

Em Portugal, por outro lado, a violência doméstica é tipificada no artigo 152 do Código Penal, e as condutas que caracterizam o crime guardam correspondência com outros delitos, como violação ou ofensa à integridade física, mas traz penalidade diversa, que será aplicada caso a pena abstrata prevista para o crime que guarda correspondência com a violência doméstica seja inferior à pena deste. Além disso, os sujeitos ativo e passivo do crime podem ser quaisquer pessoas que estejam ligadas por uma relação afetiva.⁶⁰

Um aspecto importante sobre a Lei 11.340 é a permissão concedida aos entes federativos pelo artigo 14 para criação de varas e juizados especiais para o processo e julgamento da prática de violência doméstica contra as mulheres, que possuem competência tanto penal quanto cível, uma forma eficaz de uniformizar e tornar os processos mais céleres, além de evitar a repetição de atos. São importantes, ainda, devido ao facto de que muitos casos de violência doméstica envolvem também processos de divórcio, guarda de filhos, portanto creio que é uma medida muito eficiente e vantajosa a criação destes juizados. Tal criação de tribunal especializado, entretanto, não seria possível em Portugal por impedimento constitucional expresso de criar tribunais voltados para o julgamento de determinadas categorias de crime, conforme artigo 209, n.º 4 da Constituição da República.

Outra diferença relevante entre as legislações do Brasil e Portugal é no sentido de solução alternativa à pena a qual o acusado ou arguido eventualmente poderia ser submetido, visto que em Portugal há possibilidade de suspensão provisória do processo, desde que sejam cumpridas as condições do artigo 281 do Código de Processo Penal e o crime previsto no artigo 152 não seja agravado pelo resultado, além da necessidade de requerimento consciente e livre da vítima e concordância do arguido.

No Brasil, por outro lado, a suspensão condicional do processo e os benefícios da transação penal ou composição civil não podem ser aplicados em nenhuma hipótese, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal após julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4424, uma vez que a Lei 9.099/95 é inaplicável ao crime de

⁶⁰ DL n.º 48/95, de 15 de Março; CÓDIGO PENAL DE 1982 VERSÃO CONSOLIDADA POSTERIOR A 1995; artigo 152º. Violência Doméstica. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0152&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nverso=-

Acesso em: 08/11/2016.

violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena abstratamente cabível.

Conforme abordado no capítulo anterior, o entendimento de Thiago Ávila (2014) é favorável à adoção do instrumento, pois a suspensão provisória do processo possibilita reparar os danos causados pelo crime, prevenir novas ocorrências, além de proteger efetivamente os interesses da vítima. Também acredita que este meio célere é adequado considerando-se que, muitas vezes, os factos apontados como crime de violência doméstica são de difícil comprovação, especialmente ao se tratar de violência psicológica, que não deixa marcas evidentes como a violência física, e considerando que geralmente não há testemunhas oculares por ocorrer nos limites do lar.⁶¹

Ainda que pareça temeroso aceitar a plena utilização deste instituto processual que beneficia o acusado no Brasil num primeiro momento, é uma opção que evita a vitimização secundária da mulher que sofreu os atos de violência. Tanto Brasil quanto Portugal ainda encontram-se em fase de transição quanto à modificação de pensamento cultural, mesmo com muitos avanços legislativos e na criação de órgãos protetivos em favor das mulheres.

Outro ponto que deve ser trazido à baila é o facto de que tanto no Brasil quanto em Portugal encontra-se uma dificuldade em comprovar as condutas criminosas e sofridos pela vítima no âmbito doméstico ou em relacionamento íntimo que podem configurar sérios danos psicológicos, sendo estes tão graves quanto ou até mais que os causados pela violência física, ainda que não deixem marcas evidentes, tendo em vista que podem influenciar negativamente na personalidade da vítima, bem como torná-la mais frágil e vulnerável.

Entretanto, o problema central em Portugal escolhido para para discussão é justamente no que toca à subsidiariedade do crime de violência doméstica em relação a outros crimes, além da dificuldade em identificar a possibilidade de concurso entre aquele e outro crime a depender de cada caso.

Dentre estas possibilidades, cabe citar a hipótese de ser verificado concurso real heterogêneo entre a violência doméstica e outro crime tipificado em artigo diverso, condenando o agente pela prática de ambos. Contudo, em muitos casos tal concurso é considerado aparente, uma vez que o crime de violência doméstica, considerado impróprio,

⁶¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de; e outros; *MODELOS EUROPEUS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO: Experiências e Representações Sociais*; Escola Superior do Ministério Público da União; Brasília-DF, 2014.

inclui diversos outros em sua esfera de proteção e neste caso o arguido é condenado pelo crime de violência doméstica apenas. Cabe citar um trecho do julgamento proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa:

(...)

A função do referido artigo 152.º do Código Penal é prevenir as frequentes e, por vezes, tão subtis e perniciosas formas de violência na família. A criminalização destas condutas, com a conseqüente responsabilização penal dos seus agentes, resultou da progressiva consciencialização ético-social da gravidade individual e social destes comportamentos, que não constituem fenómeno recente. Nas palavras de Américo Taipa de Carvalho (3) “a família, a escola e a fábrica não mais podiam constituir feudos sagrados, onde o direito penal se tinha de abster de intervir”.

(...)

Assim, as condutas que integram o tipo objectivo do crime de violência doméstica podem ser susceptíveis de, singularmente consideradas, constituírem outros crimes, pelo que se suscitam questões de concurso de crimes. Pode-se, para o efeito, suscitar-se a questão de saber se, perante a factualidade considerada provada nestes autos, deve entender-se que o arguido praticou o crime de maus-tratos, ou se praticou, antes, uma pluralidade de crimes de tipo comum (nomeadamente de injúrias e de ofensas à integridade física).

(...)

De facto, o crime de maus-tratos pode concorrer com o de ofensa à integridade física e injúrias; contudo, este **concurso é aparente, ficando, então, consumido aquele que for passível de punição menos gravosa.**

Assim, estes últimos ilícitos penais ficarão, por regra, consumidos pelo crime de maus-tratos porque, coincidindo nos seus elementos descritivos, representam em relação a ele um minus.

(...)⁶²

Nestes termos, em razão da especialidade conferida ao tipo penal estudado, as ações praticadas pelo agente com vontade expressa de perturbar a consciência, integridade física, logo saúde da vítima, devem ser apreciadas de maneira global e não individualizada quando puder ser identificado que ocorreram em determinado lapso temporal e no contexto doméstico, com a prevalência desta relação para a prática dos atos visto que costuma ser verificada uma tentativa de dominação de uma parte sobre a outra nestes tipos de relacionamento abusivo.

As complicações que merecem análise mais cuidadosa, entretanto, aparecem quando utiliza-se a cláusula de subsidiariedade expressa para condenar o arguido pelo

⁶² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 31-05-2016. Processo: 249/14.9PAPTS.L1-5. Relator: Filipa Macedo. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PENA ACESSÓRIA.

crime mais gravoso, em razão de ser punível com pena mais elevada, ainda que os factos tenham ocorrido no âmbito de uma relação doméstica, ou afetiva, simplesmente pelo que consta da redação expressa do artigo 152 do CP, “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

Conforme abordado em capítulo anterior, Nuno Brandão (2010), Plácido Conde Fernandes (2008) e Américo Taipa de Carvalho (2012) trazem esta problemática nas respectivas obras, e acredito que tal debate deveria conduzir a uma efetiva alteração legislativa. A redação da parte final do artigo 152 do Código Penal traz que “é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

Também acredito que deva ser considerada a questão trazida por Ana Maria Barata (2016), quer seja a de considerar a possibilidade de concurso homogêneo do crime de violência doméstica em determinados casos concretos, logo a condenação do agente pela prática de mais de um crime de violência doméstica, com a cumulação das penas, se houver lapso temporal considerável entre as condutas que caracterizam o tipo penal único.

Em relação ao Brasil, o problema central a ser tratado é o facto de a Lei 11.340/06 não ser aplicável a homens que sofrem violências constantes no contexto doméstico e encontram-se igualmente em situação de vulnerabilidade dentro do relacionamento afetivo, independentemente do gênero do agressor. Embora alguns juízes já tenham conferido a aplicação das medidas protetivas em favor do homem que comprovadamente sofreu atos de violência doméstica dentro de um relacionamento afetivo, os próprios Tribunais Superiores ainda mantem o entendimento de que não é possível aplicação analógica a homens, uma vez que a Lei supracitada é clara no sentido de restringir sua aplicação à mulheres, ainda que o gênero do agressor seja indiferente.

Neste sentido, os autores Luiz Flávio Gomes (2009), Rodrigo de Oliveira Machado (2011), Danúbia Cantieri Silva (2013) dentre outros defendem a aplicação analógica da Lei Maria da Penha a homens que foram vítimas de violência no contexto doméstico, abrangendo relacionamentos passados e independente de coabitação.⁶³

⁶³ GOMES, Luiz Flávio; Artigo Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas; 26 de junho de 2009. Disponível em:

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1460220/lei-maria-da-penha-aplicacao-para-situacoes-analogas>

Acesso em: 14/12/2016.

3.2- Razões para a continuidade

Antes da Revolução Francesa e outros acontecimentos importantes para a história que foram fundamentais na modificação de entendimentos socialmente aceitos, era quase impossível para uma mulher sair de uma situação de tortura ou degradação que porventura ocorresse dentro de sua residência, visto que a lei era benéfica apenas para os homens. A posição de uma esposa poderia ser considerada pior que a de um escravo em muitos países, uma vez que o escravo ainda poderia ter algumas liberdades concedidas embora devesse obediência ao seu senhor, como a de viver uma vida normal após o expediente de trabalho ou inclusive ter uma propriedade em seu nome.

Cumprir trazer à baila que a violência exercida por aquele que ocupa uma posição de hierarquia legalmente imposta dentro de uma relação nem sempre é verificada em casos de pessoas que são consideradas malfeitoras em outros segmentos ou situações, por exemplo no ambiente de trabalho. A dependência da mulher em relação ao homem, tanto econômica quanto psicológica, uma vez que muitas não eram autorizadas a exercer profissão mas apenas tarefas domésticas, acaba por inspirar a natureza selvagem e cruel, o marido muitas vezes tratava a esposa como objeto, sem qualquer consideração.⁶⁴

Após inúmeras manifestações de grupos feministas, conforme abordado nos outros capítulos, finalmente foram conquistados direitos e reconhecida a igualdade entre os sexos, bem como reconhecido o facto de que o conceito de gênero é uma construção social que pode ser alterada conforme o conceito de moral é alterado após mudanças sociais em determinados aspetos. Logo, em países democráticos incluindo Brasil e Portugal, a igualdade formal entre homens e mulheres é uma regra, sendo que algumas desigualdades em favor das mulheres foram aceitas e tidas como necessárias para conquistar a igualdade material.

Embora estas conquistas sejam extremamente valiosas, ainda não foi plenamente atingido o reconhecimento social de vários direitos das mulheres. Um exemplo importante é quanto ao trabalho e qualificação profissional. As mulheres são livres para ingressar em estabelecimentos de ensino como alunas e exercer qualquer tipo de profissão e tem igualdade de oportunidades em relação aos homens. Porém, a realidade demonstra que

⁶⁴ MILL, John Stuart; *A Sujeição das Mulheres*; Título Original: *The Subjection of Women*; tradução Débora Ginza; Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 39; Editora Escala; 1869.

alguns cargos, especialmente cargos de confiança ou cargos mais elevados dentro de empresas privadas, ainda são exercidos majoritariamente por homens.

O incentivo e participação de várias camadas da sociedade no intuito de alcançar a tão desejada igualdade são essenciais. Na realidade, é interessante e necessária a intensa discussão pelos profissionais do direito, saúde e outras áreas ligadas sobre este fenômeno social da violência doméstica contra as mulheres de forma interligada, buscando novas soluções, mais eficientes e inovadoras, e aprimoramento das medidas que já são tomadas.

Também é essencial combater alguns mitos e estereótipos que ainda persistem tanto na sociedade brasileira quanto portuguesa, e dificultam no combate à violência doméstica tendo em vista que a vítima as vezes sente-se desamparada e sem recursos para sair daquela situação de violência permanente, bem como terceiros não sabem como devem proceder e exercer sua cidadania quando presenciam ou conhecem uma situação de violência doméstica. (Guerra, 2016)

Um destes mitos é a ideia de que a vítima pode interromper a situação abusiva que ocorre em seu relacionamento a qualquer momento e por conta própria, o que é totalmente falso, visto que os danos causados pela violência que costuma ser constituída por diversos atos contínuos perpetrados pelo agressor são complexos e impossibilitam a vítima de reagir naquele momento delicado, bem como a falta de apoio externo, desconsideração da situação vulnerável por órgãos judiciais e policiais, dentre outros fatores.

Outro mito comum é o entendimento errôneo de que os padrões de violência continuada definem a pessoa que a exerce como perturbada psicologicamente ou como alguém que sofreu os mesmos atos violentos no passado, e assim os pratica em relacionamentos futuros. Pessoas que agem de forma natural e não violenta em diversos outros segmentos e não são diagnosticadas como psicopatas são aptas a praticar violência doméstica dentro de um relacionamento afetivo, de maneira intencional e deliberada, conforme demonstrado em outros tópicos.⁶⁵

Em que pese a mulher seja vítima da violência doméstica na maior parte dos casos, conforme exaustivamente abordado, o homem pode igualmente sê-lo, nos termos dos acórdãos citados em capítulo anterior. Embora não hajam muitos casos levados ao

⁶⁵ GUERRA, Paulo, e GAGO, Lucília, e outros; *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno – Manual Pluridisciplinar*; Centro de Estudos Judiciários; Caderno Especial; Abril, 2016.

conhecimento do poder judiciário de homens vítimas da violência doméstica, não restam dúvidas de que é plenamente possível.

A violência de gênero ainda é uma realidade nos dois países estudados, e uma forte motivação para justificar os atos violentos e abusivos em um relacionamento íntimo é justamente o pensamento social de que a mulher é inferior, subjugada em relação à figura masculina. Contudo, a violência dentro de relacionamentos entre lésbicas, gays, bissexuais e transsexuais também é comum, uma vez que a comunidade que envolve estas minorias foi alvo de violência e tratamento desigual durante muito tempo, e isto ainda é utilizado por alguns parceiros como mecanismo de inferiorização do outro, ou ainda como forma de controlar, dominar e impedir que este acabe com o ciclo de violências.⁶⁶

Tendo em vista que as relações de poder desigual entre homens e mulheres tem tomado grande visibilidade, o agressor é identificado como pertencente ao gênero masculino e a vítima, como pertencente ao gênero feminino. Nestes termos, a violência entre casais homossexuais é ainda negligenciada pela sociedade e Estado, somada ao facto de que muitas pessoas ainda encontram dificuldades para assumir sua escolha sexual, e por isso vivem estes relacionamentos homoafetivos sem o conhecimento de pessoas próximas, como família e amigos, o que tende a ser utilizado pelo agressor como forma de controle e persuasão da vítima, que permanece no relacionamento abusivo por não visualizar formas de acolhimento externas.⁶⁷

Além disso, a ocorrência de violência no contexto doméstico entre casais heterossexuais, porém quando a vítima é do sexo masculino, já foi relatada e comprovada em diversos casos concretos. Contudo, nem sempre o Juiz decide no sentido de conferir analogia *in bonam partem* da Lei 11.340/06 ao homem identificado como sujeito passivo das agressões. Logo, reconhece a prática dos crimes dentro do relacionamento amoroso mas entende que a aplicação da Lei é incompatível, sendo a mulher sujeito ativo do crime

⁶⁶ Violência doméstica e em contexto de trabalho sexual contra mulheres LBT na EU. In Bleeding Love: Identificar e Combater a Violência Doméstica e em Contexto de Trabalho Sexual Contra Mulheres Lésbicas, Bissexuais e Trans na União Europeia; Coordenador do Projeto: Giacomo Viggiani; pp. 10-23. Disponível em:

<http://www.bleedinglove.eu/wp-content/uploads/2016/04/Research-book-PT.pdf>

Acesso em: 04/11/2016

⁶⁷ Violência doméstica e em contexto de trabalho sexual contra mulheres LBT na EU. Loc. Cit.

julgada em procedimento comum relativo ao crime cometido, por exemplo lesão corporal, ameaça, injúria, tentativa de homicídio. Devido a isto, as medidas protetivas que seriam plenamente eficazes para combater o ciclo de violência não são aplicadas quando ao homem é vítima.⁶⁸

Cumprir trazer à baila uma pesquisa realizada no Brasil pelo Data Senado em 2013 sobre a violência doméstica contra a mulher em todo o país. Dentre vários aspectos importantes que foram trazidos por esta pesquisa, cumpre tratar de alguns. A pesquisa apontou que 99% das brasileiras de todas as classes sociais tem conhecimento da Lei e sua finalidade protetiva, portanto sua divulgação parece ter sido completamente eficiente, ainda que nem todas saibam quais são as medidas que podem inicialmente tomar quando são vítimas diretamente ou conhecem alguém que sofre atos violentos no âmbito doméstico.

Entretanto, 19% da população feminina com 16 anos ou mais já sofreu algum tipo de agressão perpetrada por companheiros, conjugues ou outra pessoa com quem mantem ou mantiveram relacionamento afetivo. A mesma pesquisa indica que 34% das vítimas buscaram outras alternativas como amigos e família para sair da situação de violência e humilhação, e 15% sequer buscaram soluções desde o último ato de violência.

Por fim, as principais razões trazidas pelas mulheres que passaram ou ainda passam por situações de violência dentro do lar para não dar início a procedimento judicial são medo do agressor, como motivo mais comum entre as vítimas; dependência financeira ou preocupação com os filhos; vergonha por ter sofrido os atos de agressão; acreditar que não há punição, portanto que o sistema judicial não é eficaz; acreditar que seria a última vez ou não conhecer quais são seus direitos como sujeito passivo do crime, dentre outros motivos.⁶⁹

Nestes termos, destaca-se que a Lei Maria da Penha parece ter cumprido bem com a finalidade de trazer visibilidade ao fenômeno da violência de gênero. Também é certo que não fere o princípio da igualdade, uma vez que para que a igualdade material entre homens

⁶⁸ Neste sentido GOMES, Luiz Flávio; MACHADO, Rodrigo de Oliveira; SILVA, Danúbia Cantieri, e outros.

⁶⁹ Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Secretaria de Transparência. DataSenado. Março de 2013. Disponível em:

http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf

Acesso em: 16/11/2016.

e mulheres seja alcançada é necessário tomar algumas medidas legislativas e administrativas no sentido de beneficiar o gênero feminino no que for adequado para busca desta igualdade.

Todavia, passados dez anos da publicação desta Lei, parece ser adequado o momento de alteração legislativa, no sentido de permitir a aplicação desta a homem vítima da violência doméstica, desde que comprovado não somente o vínculo afetivo entre este e o sujeito ativo das condutas violentas, mas ainda a vulnerabilidade do mesmo naquela situação.

3.3- Possíveis alterações legais

Considerando que o fenômeno abordado é algo muito delicado e merece a devida preocupação conjunta da sociedade, devem ser estudadas também as medidas necessárias para combater o problema de maneira eficaz. Conforme exaustivamente demonstrado, cada setor ou entidade tem um papel importante no combate à violência de gênero baseada em discriminação histórica perpetrada contra a mulher, tema principal estudado, bem como a violência perpetrada contra gays, lésbicas, transsexuais e bissexuais dentro de um relacionamento íntimo como forma de controle. Todavia, são realidades diversas, cujas causas podem ser as mesmas mas nem sempre o são, e portanto necessitam de atenções especiais e diferenciadas.

Cabe trazer cinco principais recomendações no sentido de erradicar a violência de gênero, quer sejam promover o respeito e a igualdade de gênero por diversos meios, como campanhas publicitárias ou redes de apoio à vítimas; melhorar progressivamente os serviços aos quais a vítima pode aceder para denunciar a situação de violência doméstica à qual é submetida; responsabilizar aqueles que praticam os atos de violência de forma proporcional à ação; prevenir; pesquisar e monitorar.⁷⁰

No campo do direito, a criação e alteração de leis parece ser uma maneira mais imediata de solucionar problemáticas como a violência de gênero. Entretanto, a Lei 11.340/06 que cria mecanismos de combate à violência doméstica contra a mulher parece já ter sido plenamente eficaz nas suas finalidades e portanto este seria um momento

⁷⁰ JOHNSON, Holly; OLLUS, Natalia e NEVALA, Sami; *Violence Against Women: An International Perspective*; Springer; pp. 167-182; 2008.

adequado para alterar sua redação, no sentido de englobar quaisquer vítimas de violência doméstica independentemente do gênero, conforme ocorre no ordenamento português.

Já em Portugal, a subsidiariedade do artigo 152 do Código Penal que criminaliza a violência doméstica, no sentido de punir o agente conforme o crime correspondente mais grave e não conforme o artigo 152 se a pena abstrata prevista for superior a 5 anos de prisão, acaba por não ser benéfica para a vítima ao punir o agente com pena superior, tendo em vista que neste caso as penas acessórias do nº 4 deste artigo não seriam consideradas, por estarem previstas especificamente para o crime de violência doméstica.

Estas penas acessórias são proibição de contato com a vítima, proibição do uso e porte de arma, obrigação de frequência em programas específicos que visam prevenir a prática do crime estudado, sendo que estes programas são essenciais para alterar a situação abusiva que persiste em diversos relacionamentos, visto que buscam não somente punir o agente, mas reintegrá-lo socialmente. Além disso, o nº 5 do referido artigo prevê a possibilidade de fiscalização da medida de afastamento obrigatória, com meios eletrônicos, e o nº 6 prevê a possibilidade de inibição do poder paternal até dez anos, desde que as condutas violentas que materializam o crime guardem relação com este poder paternal.⁷¹

Nestes termos, acredito que a Lei brasileira deveria ter a redação alterada no sentido de incluir quaisquer vítimas em seu âmbito de proteção, tendo em vista que alguns Tribunais dos Estados e Juízes já inclinam-se acertadamente para estender sua aplicação a casos concretos em que homens sofreram atos de violência dentro de relacionamento abusivo. Isto porque a visibilidade da violência de gênero contra mulher foi alcançada plenamente com a criação e publicação desta Lei, e porque a prática de atos violentos que humilham, diminuem ou controlam uma das partes em um relacionamento íntimo não é exclusiva de casais heterossexuais, bem como não tem como sujeito passivo apenas as mulheres.

Além disso, cabe trazer à baila um trecho do que foi escrito por Maria Lúcia Karan no Boletim do Instituto Brasileiro de Criminologia, ano 15, 2007 para reforçar o pensamento de que a Lei não deve mais proteger exclusivamente o gênero feminino:

O enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal [...].

⁷¹ CARVALHO, Américo Taipa de. Loc Cit.

Aderindo à intervenção do sistema penal como pretensa solução para todos os problemas, contribuíram decisivamente para a legitimação do maior rigor penal que, marcando legislações por todo o mundo a partir das últimas décadas do século XX, se faz acompanhar de uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas [...]. Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizand-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar - e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um "agressor" - ou que, pelo menos, não deseja que seja punido. (KARAN, 2007)⁷²

Acredito que as vítimas de violência doméstica não devem ser deixadas à margem de qualquer proteção, ainda que afirmem a vontade de permanecer no relacionamento com o sujeito ativo deste crime, uma vez que revelam-se vulneráveis em diversos casos, sendo que esta vontade pode ser viciada. Ainda que a vontade da vítima seja comprovadamente esclarecida e livre de vícios de consentimento e o sujeito ativo não seja condenado a pena privativa de liberdade, devem ser consideradas as medidas protetivas de urgência em cada caso concreto, no sentido de cessar os atos violentos.

Entretanto, me parece correto afirmar que a violência de gênero não deve ser combatida somente por meio de uma intervenção penal com finalidade punitiva. Além disso, a violência explícita não é a única forma de discriminação quanto ao gênero, conforme abordado anteriormente. Apenas como exemplo destas formas de discriminação, podem ser citados o facto de que em vários países, cargos mais elevados em empresas públicas e privadas ainda são maioritariamente ocupados por homens, bem como diferenças salariais entre homens e mulheres que ocupam os mesmos cargos.

Nestes termos, a intervenção penal não é suficiente para combater a violência de gênero, e a sua repressão excessiva voltada para a figura masculina não parece ser mais a maneira adequada de solucionar o problema de maneira sensível. Uma solução que parece não deixar as vítimas da violência de gênero desprotegidas, e que ao mesmo tempo não

⁷² SILVA, Danúbia Cantieri. A aplicação da Lei Maria da Penha na proteção dos direitos do homem. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12899

Acesso em: 13/12/2016.

trata nenhuma vítima de maneira desigual, é incluir na redação do Capítulo II da Lei 11.340/06 que tal Lei deve ser aplicada a quaisquer pessoas independentemente do sexo e gênero desde que seja demonstrada a vulnerabilidade da parte que sofreu as agressões, ainda que vários artigos mantenham a expressão “violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Tal Capítulo traz diversas medidas protetivas de urgência, tanto aquelas que obrigam o agressor, como afastamento do lar, proibição de contato com a ofendida, restrição de visitas a menores, quanto as que visam proteger a ofendida, como restituição de bens indevidamente subtraídos, prestação de caução provisória, dentre outras. Logo, ainda que a Lei seja voltada para coibir a violência de gênero, todas as vítimas de crime cometido em contexto doméstico seriam imediatamente beneficiadas com as medidas protetivas antes do processo, uma vez que a especialidade do crime de violência doméstica requer uma proteção diferenciada.

Por fim, cumpre ressaltar que em Portugal o artigo 152, com a previsão de pena mais elevada quando o crime resultar em morte ou ofensa grave à integridade física, bem como penas acessórias que protegem a vítima de maneira mais imediata, além da Lei 112/2009 que traz diversos princípios e garantias para a vítima do crime, como apoio financeiro do Estado, casas de abrigo, foram medidas eficazes tomadas para combater a violência de gênero cometida dentro dos lares e relacionamentos.

Além disso, organismos como a APAV ou UMAR são eficazes no que tange ao apoio das mulheres vítimas de violência doméstica. Acredito que o treinamento sensível de profissionais que lidam diariamente com pessoas que passaram por estas situações de violência contínua dentro de um relacionamento amoroso é uma maneira mais eficiente de solucionar a violência de gênero que discriminar positivamente o gênero feminino na legislação, deixando de lado os homens vítimas do crime de violência doméstica, tal como ocorre no Brasil.

Apenas a título de exemplo, no artigo 164 do CP que trata do crime de violação, apesar de já prever como circunstância agravante o facto de ser cometido contra cônjuge ou ex-cônjuge no nº 2, alínea “f”, não traz as penas acessórias que poderiam ser imediatamente tomadas no caso de ser o crime cometido dentro de um relacionamento abusivo. Portanto, neste artigo já poderia ser incluída a previsão destas penas, tal como é no artigo 152, nº 4 a 6, além da possibilidade de aplicação da Lei 112/2009 que

“Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas” desde que o crime tenha sido cometido no contexto doméstico.

Também nos crimes de ofensa à integridade física grave ou qualificada, previstos nos artigos 144 e 145 respectivamente, não há qualquer previsão no sentido de penas acessórias no caso de os atos serem cometidos no âmbito doméstico, porém apenas da possibilidade de considerar que as circunstâncias que qualificam o tipo no crime de homicídio, conforme nº 2 do artigo 132, sejam também consideradas para qualificar o crime de ofensa à integridade física, nos termos do artigo 145, nº 2, todos do Código Penal.

Portanto, a sugestão para o problema da subsidiariedade do tipo penal previsto no artigo 152 do Código Penal Português é incluir as mesmas penas acessórias que o artigo 152 traz nos nºs 4 a 6 em outros artigos que trazem tipos penais que poderiam ser praticados também no contexto doméstico, apesar de serem crimes comuns, como violação, ofensa à integridade física grave ou qualificada, sequestro nos termos do artigo 158, nº 2, dentre outros cuja pena máxima ultrapassa os cinco anos. Deste modo, a pena será adequada à finalidade punitiva levando em consideração a gravidade do crime, contudo não será ignorada a especial relação existente entre agente e vítima do crime, no sentido de ser diretamente aplicável qualquer pena acessória que pode ser essencial para cessar a prática de crimes dentro do relacionamento ou no contexto doméstico.

CONCLUSÃO

Acredito que as legislações de Portugal e do Brasil merecem as devidas críticas e devem ser revisadas a fim de buscar eficiência no tratamento do problema sensível e complexo que é a violência doméstica, uma vez que ocorre com uma frequência e não é denunciada na maior parte dos casos.

No Brasil, a Lei detalhada e exclusiva para mulheres vítimas da violência doméstica foi essencial para dar visibilidade ao fenômeno, bem como encorajar as mulheres e outras pessoas que identificam-se e pertencem a categoria do gênero feminino, como por exemplo os transsexuais, a buscar a retomada de seu direito a viver uma vida livre da violência, bem como ter protegidas sua honra, integridade física, dignidade.

Todavia, a Lei 11.340 de 2006 não trouxe penas mais elevadas para o caso de crimes cometidos contra a mulher no âmbito doméstico ou em uma relação afetiva, e sim diversas medidas protetivas, descrição das condutas que podem configurar agressões inclusive de forma inovadora ao afirmar que as relações íntimas abrangidas pela Lei não dependem de orientação sexual, conforme parágrafo único do artigo 5º.

No caso da Lei portuguesa, estas condutas também são abrangidas pelo artigo 152 do CP, existindo uma pena abstrata específica, e podem ser por exemplo o bater de portas incessante e habitual, de forma a provocar distúrbios psicológicos na vítima a longo prazo, ou ainda a ridicularização da mesma que não configura individualmente o crime de injúria, mas que pode ser praticado cotidianamente para rebaixar a sua auto-estima e neste caso também enquadra-se no âmbito de proteção legal.

Ainda que tais condutas humilhantes que não guardam semelhança na Lei penal geral também possam ser enquadradas pela Lei 11.340/06, parece muito difícil responsabilizar o agente se não forem trazidas ao processo ou consideradas outras condutas e circunstâncias que configurariam crimes expressamente previstos no Código Penal, além de haver uma clara dificuldade em condenar o mesmo a uma pena de prisão eventual.

Em relação a iniciativa legislativa brasileira de criar a figura do feminicídio em 2015, este foi mais um passo para a concretização de igualdade entre homens e mulheres e erradicação da violência de gênero, porém com a finalidade principal de punir adequadamente aquele que cometeu o ato e oferecer justiça em casos onde muitas vezes o júri não condena o agressor com base em convicções íntimas que não precisam de

motivação expressa. Contudo, a delimitação do sujeito passivo como pertencente ao sexo feminino, portanto considerando uma característica exclusivamente biológica, revela uma proteção insuficiente, já que não inclui outras pessoas que também deveriam ser protegidas, como transsexuais.

Além disso, foi mais um passo que cria um estereótipo excessivo do gênero masculino tido como violento, agressivo, que mais uma vez exclui do âmbito de proteção legal o homem que pode ser vítima de atos abusivos dentro de um relacionamento. A Lei Portuguesa traz como circunstância passível de qualificar o crime de homicídio a prática do facto que materializa tal crime contra cônjuge, ex-cônjuge ou equiparado independente de coabitação e do gênero, nos termos do artigo 132, “b” do CP Português, que parece ser plenamente eficaz no que tange a conceder uma punição mais justa e adequada para aquele que pratica tal crime contra uma pessoa com quem mantém uma relação que pressupõe confiança.

Conforme muito bem colocado por Thiago Ávila (2014), o combate ao fenômeno específico da violência de gênero que acomete várias sociedades nos dias de hoje é mais observado pelo coletivo quando confere-se um status jurídico à questão. Todavia, o tratamento legislativo exclusivo e diferenciado à vítimas pertencentes ao gênero feminino, apesar de ter sido importante para levantar o problema e modificar o pensamento da sociedade, não faz mais sentido quando a visibilidade parece já ter sido alcançada e a diferença de tratamento prejudica homens que são vítimas e intentam uma ação judicial na busca pelo fim do ciclo de violência.

Em relação ao combate à violência de gênero em Portugal exaustivamente tratada, foi ressaltado o problema da subsidiariedade da violência doméstica em relação a outros crimes cuja pena abstrata é superior a 5 anos, portanto considerados mais graves, conforme o estudo de Taipa de Carvalho (2012), Nuno Brandão (2010) e Plácido Conde Fernandes (2008), bem como a eventual dificuldade dos tribunais em avaliar os inúmeros casos de concurso aparente da violência doméstica com outros tipos penais e a falta de discussão e reconhecimento da possibilidade de ocorrer concurso homogêneo deste crime, conforme abordado pela desembargadora Ana Maria Barata (2014).

As alterações legais propostas nos capítulos anteriores parecem adequadas para solucionar os problemas tratados de forma mais urgente, quer sejam incluir as penas acessórias previstas no artigo 152 do CP Português em outros artigos que trazem tipos

penais considerados mais graves em razão da pena superior e que poderiam configurar o crime de violência doméstica desde que praticados nos termos da definição legal e, no caso do Brasil, permitir a aplicação das medidas protetivas de urgência a quaisquer vítimas independentemente do gênero.

Por fim, convém citar um conceito interessante de violência estrutural que pode aplicar-se a diversas situações que envolvem violência, das mais diversas formas, quer seja a definição trazida por Johan Galtung:

A violência estrutural não se define necessariamente como um processo ativo e deliberado, mas pode revelar-se pela ausência de proteção e garantia de direitos e necessidades. Pode até desembocar na impossibilidade de manutenção da própria vida dos indivíduos/cidadãos (como no caso da negação do acesso à saúde ou à alimentação). [...] A violência estrutural sentida no domínio económico pode favorecer o surgimento ou o aprofundamento de atos de violência direta (criminalidade, violência juvenil, violência doméstica), bem como de violência política (xenofobia, discriminação, repressão de resistências e contestação violenta).⁷³

A carência de proteção social às vítimas de violências estruturais no contexto doméstico também é uma forma de violência, assim como pode auxiliar no encorajamento de outras formas de violência direta. Portanto, quaisquer vítimas deste contexto devem ser protegidas, assim a proteção excessiva pode ser perigosa no sentido de criar estereótipos ou acabar desprotegendo as vítimas no que tange a aplicação de penas que são diversas da prisão mas igualmente ou até mais eficazes.

⁷³ ROQUE, Sílvia. *Violência (estrutural)*. Observatório sobre Crises e Alternativas. CES – Centro de Estudos Sociais. Laboratório Associado. Universidade de Coimbra. Disponível em:

http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/index.php?id=6522&id_lingua=1&pag=7865

Acesso em: 15/12/2016.

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Edição n. 41:

Precedentes: REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012; REsp 827962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011; REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010; REsp 1236524/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 08/09/2011, DJe 15/09/2011.

Precedentes: AgRg no REsp 1430724/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015; HC 181246/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013; HC 175816/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013; HC 176196/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; CC 96533/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 05/02/2009. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 524)

Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO MATERNO-FILIAL. MÃE E FILHO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA QUANDO A VÍTIMA FOR DO SEXO MASCULINO. A APLICAÇÃO DA ANALOGIA NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA. A VARA ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PRESSUPÕE QUE A VÍTIMA SEJA DO SEXO FEMININO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

(Tribunal de Justiça do Espírito Santo – TJES. Conflito de Competência nº 100120021330. 2ª Câmara Criminal. Relator: Sérgio Luiz Teixeira Gama. Julgado em 05/09/2012)

Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. Apelação Criminal nº 1.0672.07.249317-0. Relator: Judimar Biber. Julgado em 06/11/2007. Data da publicação 21/11/2008.

Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá – TJMT. Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos nº 1074/2008. Juiz: Mário Roberto Kono de Oliveira.

Tribunal da Relação de Lisboa:

ACRL de 05-07-2016 Crime de violência doméstica. Lesão do bem jurídico. Processo 662/13.9GDMFR.L1 5ª Secção. Desembargadores: *Jorge Gonçalves - Maria José Machado.* Sumário elaborado por Ana Paula Vitorino. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. RECURSO N ° 662/13.9GDMFR.L1. Comarca de Lisboa Oeste. Mafra - Inst. Local- Secção Criminal- J2.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 31-05-2016. Processo: 249/14.9PAPTS.L1-5. Relator: FILIPA MACEDO. Descritores: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PENA ACESSÓRIA. Nº do Documento: RL. Votação: UNANIMIDADE. RECURSO PENAL. NÃO PROVIDO.

Tribunal da Relação de Coimbra:

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 02-06-2009. Processo: 39/08.8GCCNT-A.C1. JTRC. Relator: Fernando Ventura. Comarca de Cantanhede. MEDIDA DE COACÇÃO. AUDIÇÃO DO ARGUIDO. PRODUÇÃO DE PROVA. PROIBIÇÃO DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO. CRIME DE MAUS TRATOS E DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Tribunal da Relação de Évora:

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora 04-06-2013. Processo: 237/12.0GDSTB.E1. Relator: ANTÓNIO JOÃO LATAS. Descritores: HOMICÍDIO QUALIFICADO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSIDIARIEDADE. MEDIDA DA PENA. LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE EM PROCESSO PENAL.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*; 3ª edição atualizada; Universidade Católica Editora; novembro/2015.

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; *A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL – LEIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ESTATÍSTICAS*; In. Redistribuição, Reconhecimento e Representação: Diálogos sobre Igualdade de Gênero; pp. 47-56; Brasília: IPHAE; 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de; e outros; *MODELOS EUROPEUS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO: Experiências e Representações Sociais*; Escola Superior do Ministério Público da União; Brasília-DF, 2014.

BELEZA, Teresa Pizarro; “*CONSENT - IS SIMPLE AS TEA*”: *NOTAS SOBRE A RELEVÂNCIA DO DISSENTIMENTO NOS CRIMES SEXUAIS, EM ESPECIAL NA VIOLAÇÃO*; Livro Combate à Violência de Gênero – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal; pp. 17 a 26; Universidade Católica Editora; 2016.

BIANCHINI, Alice; *A luta por direitos das mulheres: o feminismo no Brasil*; Jornal Carta Forense; 2009. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-luta-por-direitos-das-mulheres/3858>

Acesso em: 29/09/2016

BIANCHINI, Alice; *Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 8º*; In. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 215-232; 2011.

BRANDÃO, Nuno; *A tutela penal especial reforçada da violência doméstica*; Revista Julgar, nº 12; 2010.

BRAVO, Jorge dos Reis; *A actuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica*; Revista Ministério Público nº 102, 2005.

BRITO, Ana Maria Barata de; PGR – Conferência – 01.12.2014. O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária. In. Colóquio “Crime de Violência Doméstica: Percursos Investigatórios”; Procuradoria-Geral da República. Disponível em:

http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica_2014-12-01.pdf

Acesso em: 06/12/2016.

CAMPOS, Carmen Hein de; *Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha*; In. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 1-12; 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de; *Tensões Atuais entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica: a Experiência Brasileira*; In. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 143-169; 2011.

CARVALHO, Américo Taipa de; *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*; Dir. Jorge de Figueiredo Dias; Tomo I, 2ª Edição; Coimbra Editora 2012; pp. 506-533.

CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, protocolo facultativo*; Brasília, Ministério das Relações Exteriores; 2002 pp. 19 a 71.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da; *DO DISSENTIMENTO À FALTA DE CAPACIDADE PARA CONSENTIR*; Livro Combate à Violência de Género – Da

Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal; pp. 131 a 166; Universidade Católica Editora; 2016.

DIAS, Maria Berenice; *A LEI MARIA DA PENHA NA JUSTIÇA: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*; 3ª edição revista, atualizada e ampliada; Editora Revista dos Tribunais; pp. 43-121.

DIAS, Maria Berenice e REINHEIMER, Thiele Lopes; *Da violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos – artigo 6º*; In. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 195-200; 2011.

FEIX, Virgínia; *Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º*; In. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista; Rio de Janeiro: Lumen Juris; pp. 201-214; 2011.

FERNANDES, Plácido Conde; *Violência Doméstica – novo quadro penal e processual penal*; Revista do CEJ nº 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal; pp. 293-339; 2008.

FERREIRA, Maria Elisabete; *MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE VÍTIMAS VULNERÁVEIS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA*; Livro Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal; pp. 219-237; Universidade Católica Editora; 2016.

GOMES, Luiz Flávio; Artigo *Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas*; 26 de junho de 2009. Disponível em:

<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1460220/lei-maria-da-penha-aplicacao-para-situacoes-analogas>

Acesso em: 14/12/2016.

GOMES, Olívia Cardoso; *Lei brasileira de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher: a criminalização do gênero masculino*; Scientia Iuridica n° 320, Tomo LVIII, 2009.

GOMES, Vânia Maria; *O CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO CONJUGAL E AFETIVO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO*; Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela Exma. Doutora Cláudia Maria Cruz Santos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Março de 2014.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima; *A AGRESSÃO CONJUGAL MÚTUA NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: A LEI MARIA DA PENHA SOB QUESTÃO*; Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica e Cultura do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília; Orientadora: Professora Doutora Liana Fortunato Costa; Brasília; 2012.

GUERRA, Paulo e GAGO, Lucília, e outros; *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno – Manual Pluridisciplinar*; Centro de Estudos Judiciários; Caderno Especial; Abril, 2016.

JOHNSON, Holly; OLLUS, Natalia e NEVALA, Sami; *Violence Against Women: An International Perspective*; Springer; pp. 167-182; 2008.

JUSBRASIL. *Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. JusBrasil. Direito Público. 31 out 2008. Disponível em:

<http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protoger-homem>

Acesso em: 13/12/2016.

LEITE, André Lamas; *AS ALTERAÇÕES DE 2013 AOS CÓDIGOS PENAL E DE PROCESSO PENAL: UMA REFORMA CIRÚRGICA?*; pp. 44-64; Coimbra Editora, 2014.

MACHADO, Rodrigo de Oliveira. *Aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica*. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2955. 4 ago. 2011.

Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/19703>

Acesso em: 13/12/2016.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de; *Dos maus tratos a conjugue à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?*; Revista do Ministério Público nº 107 – Jul/Set 2006; pp. 89 a 120; 2006.

MILL, John Stuart; *A Sujeição das Mulheres*; Título Original: *The Subjection of Women*; tradução Débora Ginza; Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 39; Editora Escala; 1869.

PIMENTEL, Irene Flunser e MELO, Helena Pereira de; *MULHERES PORTUGUESAS: História da vida e dos direitos das mulheres num mundo em mudança*; Clube do Autor; 1ª edição: Abril, 2015; pp. 25-27, 106-112, 173-180, 400-406; 2015.

Portugal. Presidência do Conselho de Ministros. Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género; *V PLANO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE à Violência Doméstica e de Género 2014-2017*; Lisboa, 2014.

Programa de 12 Pontos para Prevenção da Violência sobre as Mulheres em Portugal, Amnistia Internacional, Portugal, 2007. Disponível em:

http://www.amnistia-internacional.pt/dmdocuments/prevencao_VD.pdf

Acesso em: 20/06/2016.

RAVARA, Diogo; *Das ausências ao trabalho decorrentes de violência doméstica*; Revista do CEJ, 2014-II; 2015.

ROQUE, Sílvia. Violência (estrutural). Observatório sobre Crises e Alternativas. CES – Centro de Estudos Sociais. Laboratório Associado. Universidade de Coimbra. Disponível em:

http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/index.php?id=6522&id_lingua=1&pag=7865

Acesso em: 15/12/2016.

SANI, Ana e NUNES, Laura; *Crime, Justiça e Sociedade: Desafios emergentes e propostas multidisciplinares*; Edições CRIAP; 1ª edição - março de 2014.

SILVA, Danúbia Cantieri. *A aplicação da Lei Maria da Penha na proteção dos direitos do homem*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12899

Acesso em: 13/12/2016.

SOUSA, Rita Mota; *O CONCEITO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL*; Livro *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*; pp. 261 a 274; Universidade Católica Editora; 2016.

TAVARES, Dinalva Menezes Castro; *Violência doméstica: uma questão de saúde pública*; Dissertação apresentada a Faculdade de Saúde Pública da Universidade São Paulo, 2000. Disponível em:

<file:///C:/Users/Luisa%20Nogueira/Downloads/tav001.pdf>

Acesso em: 20/06/2016.