

O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE NO CRIME DO ARTIGO 24-A DA LEI 11.340/06.

THE CONSENT OF THE VICTIM AS AN EXCLUSION OF ILLEGALITY IN THE THE CRIME OF ARTICLE 24-A OF THE LAW N. 11.340/06

Milena dos Santos Oliveira*
Sarah Francine Schreiner**

RESUMO

Verificando-se como problema a (im)possibilidade de se aplicar o consentimento do ofendido como causa supralegal da exclusão de ilicitude em contraposição aos objetivos de proteção legal da Lei 11.340/06, o presente trabalho possui como objetivos analisar a natureza jurídica da Lei 11.340/06 a partir do seu contexto histórico-legal, compreender o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão de ilicitude e analisar a (im)possibilidade de aplicação de tal causa especificamente em relação ao crime do artigo 24-A. Utilizou-se, para tanto, revisão bibliográfica e jurisprudencial, especialmente o acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424/2012, analisando-se os argumentos dessa decisão em contraposição à teoria do consentimento do ofendido. Contrapondo os argumentos foi possível observar que a aplicação do dispositivo legal é permeado de contradições, mas deve sempre ser observado buscando a efetiva proteção estatal e a melhor opção para a mulher em situação de violência doméstica.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 24-A; consentimento do ofendido; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

Since the (im)possibility of applying the consent of the offended as a supralegal cause of exclusion of illicitness as opposed to the legal protection objectives of the Law 11.340/06, the presente work aims to analyze the legal nature of the Law 11.340/06 from its historical – legal context, to understand the consent of the offended as a supralegal cause of exclusion of illegality and to analyze the (im)possibility of application of such cause, specifically in relation to the crime of article 24-A. To this end, a bibliographic and jurisprudential review will be use, especially the judgment of the Supreme Federal Court of ADI n. 4424/2012, analyzing the arguments of this decision against the theory of the consent of the offended. Contradicting the arguments it was observed that the application of the legal provision is permeated by contradictions, but should always be observed seeking efective state protection and the best option for women in situations of domestic violence.

KEYWORDS: Article 24-A; consent of the victim; Maria da Penha Law.

* Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, *campus* São Bento do Sul. milena_santosoliveira@yahoo.com

** Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas (PUC-PR – bolsista CAPES); Doutoranda em Filosofia (PUC-PR); professora no curso de Direito da UNIVILLE *campus* São Bento do Sul; sarahfrancine@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A realidade brasileira em relação à violência de gênero experimentada pela mulher, principalmente nas relações domésticas de convivência, demanda um cuidado especial do tema, de forma que a legislação tratou, desde a égide da Lei Maria da Penha, de capacitar aos meios jurídicos uma forma de enfrentamento à questão.

Entretanto, verifica-se por parte dos operadores do direito certa resistência e também dúvidas na aplicação de alguns institutos da referida lei. Ao mesmo tempo, a discussão sobre a autonomia feminina, a proteção legal e a função do direito penal no combate à violência contra a mulher, principalmente a violência doméstica, é permeada por inúmeros desafios e, porque não dizer, contradições.

Como exemplo, é possível citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424 que teve como objetivo analisar a (des)necessidade da representação da mulher nos delitos de lesão corporal cometidos no âmbito doméstico e a qual determinou que os delitos de lesão corporal, em qualquer extensão, decorrentes de violência doméstica, devem ser processados mediante ação penal pública incondicionada, devido à vulnerabilidade da vítima, em contraposição aos argumentos acerca da autonomia de escolha feminina.

No mesmo sentido, mais recentemente, é possível citar o artigo 24-A da Lei Maria da Penha, que passou a tipificar o descumprimento da medida protetiva como crime. Apesar da louvável alteração legislativa, com a finalidade de aumentar a coercibilidade das medidas protetivas de urgência, a realidade prática demonstra que sua aplicação pode não ser tão simples. É sabido que muitas vezes, apesar dos esforços do Poder Judiciário, a mulher em situação de violência doméstica volta a se relacionar com o agressor e consente com a violação da medida protetiva, o que se dá por inúmeros motivos.

O problema que surge dessa dinâmica envolve analisar se o consentimento da mulher no momento do descumprimento da decisão judicial que fixou medidas protetivas pode ser utilizado como causa supralegal excludente de ilicitude.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o contexto histórico-legal de proteção da mulher a partir da Lei Maria da Penha, analisar o consentimento do ofendido como causa supralegal excludente de ilicitude e, por fim, realizar a análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424 em contraposição à teoria do consentimento do ofendido.

Para tanto, utiliza-se a metodologia bibliográfica e a análise jurisprudencial, em especial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424, buscando responder se, a autonomia da mulher, manifestada através do seu consentimento no momento do descumprimento da decisão judicial que fixou medidas protetivas, deve prevalecer sobre a proteção legal e os objetivos que envolvem a Lei Maria da Penha.

A LEI MARIA DA PENHA E O ADVENTO DO TIPO PENAL DO ARTIGO 24-A

O Estado Brasileiro, a partir da redemocratização, passou a ser signatário de vários documentos e tratados internacionais em defesa dos direitos das mulheres, o qual se comprometeu a adotar medidas de proteção com relação à mulher e promover práticas de tolerância com relação à discriminação de gênero.

Nessa tendência, a Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso I que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações* e ainda, prevê no artigo 226, §8º a responsabilidade do Estado em proteger todos aqueles que compõem a família, devendo, para tanto, criar *mecanismos para coibir*

a violência no âmbito de suas relações. Perceptível, portanto, a previsão de uma atuação positiva do Estado Brasileiro no combate à violência de gênero e à violência no âmbito familiar.

Em contrapartida, os números da violência doméstica sempre foram alarmantes no Brasil e nunca foi combatida de forma eficaz. Isso ocorreu principalmente porque durante muito tempo a violência doméstica foi abordada como um problema privado, atinente à relação do casal, e não como um problema público e social.

Durante muito tempo os casos de violência contra a mulher “eram vistos como mera “querela doméstica”, ora como reflexo de ato de “vingança ou implicância da vítima”, ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima” (PIOVESAN, 2011, p. 113).

Assim, em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos “reconheceu a violação de vários direitos humanos no processo e ainda a ineficiência dos procedimentos adotados pelo Brasil nos casos que envolvem violência contra a mulher” (CARVALHO, 2018, p. 89) e exarou recomendações ao Estado Brasileiro.

Como resultado dessas recomendações foi promulgada em 2006, a Lei n. 11.340/06, “Lei Maria da Penha”, a qual tem como objetivo criar *mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*, e é considerada uma das principais legislações desse viés no Brasil.

Barsted (2011) explica que a partir da Lei Maria da Penha há uma mudança no paradigma acerca do conceito de segurança para mulheres, admitindo-se que, diferentemente do que ocorre com os homens, as mulheres tem mais chances de serem agredidas dentro de casa. Além disso, o medo constante e a situação de violência doméstica inibem o exercício pleno da cidadania e dos direitos pelas mulheres.

Ainda, segundo Montenegro (2015), as diferenças entre os gêneros, fortemente incutidas no imaginário social, manifestam-se principalmente através da violência doméstica contra a mulher, em uma tentativa de manutenção das relações de poder.

Isso se dá principalmente como reflexo das relações patriarcais que hierarquizam as relações entre os gêneros feminino e masculino. Conforme Hirata (2009, p. 174) “o patriarcado designa uma formação social em que os homens detêm o poder, ou ainda, mais simplesmente, o poder é dos homens”.

Nesse diapasão, Andrade (2005) explica que as relações familiares tem como objetivo garantir as relações patriarcais, atuando como controle informal, sendo que a violência doméstica é o reflexo da tentativa de manutenção desse *status quo*. Assim, “a violência contra a mulher (crianças, jovens e adultas), dos maus-tratos à violação e o homicídio, reveste-se muitas vezes aqui de pena privada equivalente à pena pública” (ANDRADE, 2005, p. 88)

Dessa forma, o processo de criação da Lei Maria da Penha, bem como os dispositivos nela inseridos, refletem que a realidade da mulher vítima de violência doméstica é permeada de particularidades, de forma a se justificar uma proteção legal diferente daquela dada pelo Código Penal. Ao mesmo tempo, a Lei encara a violência doméstica como um debate público e de direitos humanos, admitindo as relações patriarcais que hierarquizam as relações entre os gêneros feminino e masculino e que envolvem e estruturam as relações sociais até os dias atuais fato que, apesar de difícil, deve ser combatido com veemência.

Dias (2019) discorre acerca da necessidade de proteção especial, considerando as razões de ordem social e cultural que envolvem a violência doméstica, argumentando que “o tratamento favorável

à mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social ao gênero feminino” (DIAS, 2019, p. 141).

Percebe-se, portanto, que a partir da Lei Maria da Penha se reconhece que o combate à violência contra a mulher é uma necessidade pública e que cabe ao Estado assumir essa posição, sob pena de se estar negligenciando direitos básicos da mulher. Quando se fala de violência doméstica, considerando as estruturas de poder e submissão que envolvem os gêneros, a ingerência do Estado deve ser a regra e não a exceção.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha marca um importante momento legislativo brasileiro porque reuniu, em um único diploma legal medidas de caráter penal e civil, bem como diretrizes para a formulação de políticas públicas de prevenção no combate à violência de gênero (BARSTED, 2011).

Entre os dispositivos da Lei Maria da Penha ressaltam-se as medidas protetivas de urgência, que podem obrigar o agressor ou serem destinadas à vítima, mas todas com a finalidade de proteção da mulher, quando possível violação aos seus direitos estiverem na iminência de ocorrerem, bem como, para assegurar que não se repitam.

As medidas protetivas, portanto, são dotadas de natureza cível e cautelar e “o fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e situações que a favorecem” (DIAS, 2019, p. 175).

Com relação ao agressor, as medidas protetivas estão dispostas no artigo 22 e buscam cessar rapidamente a situação de violência mediante o afastamento de uma das partes do lar e a proibição do contato com a vítima e familiares.

Apesar de serem muito elogiadas pela doutrina, o cumprimento das medidas protetivas mostrou-se dificultoso na realidade. De forma a garantir a coercibilidade das decisões, inseriu-se no artigo 313 do Código de Processo Penal a possibilidade de decretação de prisão preventiva. Porém, a mais recente tentativa de garantir o cumprimento das medidas protetivas foi a entrada em vigor da Lei n. 13.641/2018.

A Lei n. 13.641/2018 incluiu o artigo 24-A na Lei Maria da Penha, o qual dispõe:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis

Dessa forma, o artigo 24-A pode ser encarado como mais uma tentativa de proteção legal à mulher vítima de violência doméstica, visto que, em grande parte, essas violações partem do agressor.

Entretanto, não é incomum encontrar situações nas quais os casais reatam o relacionamento ou voltam a se aproximar, de forma que a violação das medidas protetivas ocorre a partir do consentimento da mulher, o qual nem sempre é formalizado perante o Poder Judiciário.

Essas situações não estão previstas na legislação e podem causar dúvidas no momento da aplicação do referido artigo, merecendo análise mais aprofundada acerca dos institutos envolvidos.

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE

Para entender o consentimento do ofendido como causa excludente da ilicitude e sua relevância na discussão a ser realizada neste trabalho é necessário, inicialmente, apresentar o conceito de crime.

Para tanto, utilizando-se o conceito analítico a partir da teoria tripartida de crime, resta configurado o delito quando da união de três características: tipicidade, ilicitude (ou antijuridicidade) e culpabilidade. Conforme explica Toledo (1994, p. 82):

a base fundamental de todo fato-crime é um comportamento humano (ação ou omissão). Mas para que esse comportamento humano possa aperfeiçoar-se como um verdadeiro crime será necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Para definir tipicidade é necessário, primeiramente, esclarecer o que é tipo penal. Toledo define tipo como “a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida” (TOLEDO, 1994, p. 84). Em consequência, considera-se tipicidade “a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime” (TOLEDO, 1994, p. 84). Assim, infere-se que o tipo penal é a norma, o crime disposto na lei, enquanto a tipicidade é a conduta do indivíduo adaptada ao tipo penal.

A ilicitude pode ser conceituada como “a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico” (GRECO, p. 309). Verifica-se, através da ilicitude, que não é suficiente apenas que a conduta se amolde ao tipo penal, mas que, ao mesmo tempo “é preciso que essa conduta possa, de alguma forma, causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem juridicamente tutelado” (GRECO, p. 310).

Por fim, a culpabilidade baseia-se na possibilidade do indivíduo agir de forma diferente. Conforme conceitua Toledo (1994, p. 87):

Culpabilidade deve ser entendida como “a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença - fundada na experiência cotidiana - de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, “agir de outro modo”. A não utilização dessa faculdade, quando da prática do ilícito penal, autoriza aquela reprovação. A noção de culpabilidade está, pois, estreitamente vinculada à de inevitabilidade da conduta ilícita, pois só se pode emitir um juízo de reprovação ao agente que não tenha evitado o fato incriminado quando lhe era possível fazê-lo.

Cada um desses conceitos é dotado de particularidades. Entretanto, para os fins do presente trabalho, importa desenvolver um estudo mais aprofundado da ilicitude, bem como suas excludentes e consequências, uma vez que se encontra o consentimento do ofendido como causa suprallegal excludente de ilicitude.

Uma vez que a ilicitude lesiona um bem jurídico, como consequência desse conceito observa-se que há hipóteses nas quais não haverá perigo de lesão, pois “pela posição em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do direito como lícitas” (GRECO, p. 312). Tais hipóteses são chamadas de excludentes de ilicitude ou justificativas.

O artigo 23 do Código Penal brasileiro elenca as causas de excludentes de ilicitude, definindo-as como: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Agindo o autor do fato criminoso sob uma causa excludente de ilicitude, comete o delito descrito no tipo penal, porém, não será penalizado, uma vez que resta afastado um dos elementos necessários ao crime.

Entretanto, Toledo (1994, p. 171) explana a necessidade de outras causas de justificação, além das legalmente expressas, uma vez que “não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais”. Nesse sentido, incluiu-se o consentimento do ofendido.

De acordo com Cunha (2016, p. 274), quando o dissentimento encontrar-se como elementar do crime “o consentimento exclui a tipicidade; não sendo elementar, pode servir como causa extralegal de justificação.

Assim, entende-se o consentimento do ofendido como um “instituto perfeitamente individualizado, de caráter penal, mediante o qual o Estado estabelece a exclusão da antijuridicidade do fato em face de uma válida declaração de vontade do titular do direito ofendido” (PIERANGELI, 2001, p. 82).

O ponto fulcral que justifica a adoção do consentimento do ofendido na teoria do delito é que o consentimento é a manifestação do direito de liberdade do indivíduo, direito que não deve ser tolhido pelo formalismo jurídico, mas que, ao contrário, deve ser garantido.

A escolha dos bens jurídicos a serem protegidos pelo direito, e principalmente pelo direito penal, tem como objetivo a proteção do homem. Dessa forma, se o indivíduo não deseja essa proteção, e pode dela dispor, não deve haver interferência do Estado em respeito à liberdade da pessoa.

Zaffaroni (2015) defende essa posição ao conceituar as causas de justificação (para o autor, também nomeado de preceito permissivo) como situações que derivam do exercício do direito de liberdade do indivíduo e sobre o qual não faz sentido o Estado exercer poder punitivo.

Os preceitos permissivos são frutos do reconhecimento inevitável de que seria irracional exercer poder punitivo sobre um agente que realizou a ação antinormativa juridicamente autorizado, ou seja, no gozo de sua liberdade. A abstração esquemática do tipo legal enseja que o pragma (tipo fático) possa assumir todas as formas imagináveis cujas particularidades não interessem à matéria proibida; entretanto, quando tais particularidades sinalizarem que a ação típica configura para o sujeito uma faculdade de agir, estaremos perante um preceito permissivo (ZAFFARONI, 2015, p. 19)

Nesse sentido, afirma que as justificantes derivam todas do exercício regular do direito. Para Zaffaroni (2015) todas as justificantes são, em algum nível, a expressão de direitos internacionalmente protegidos e garantidos, como a liberdade. Assim, “os preceitos permissivos, como parte da liberdade humana garantida pela Constituição e pelo direito internacional, constituem a regra, e os imperativos constituem a exceção” (ZAFFARONI, 2015, p. 24).

Portanto, o consentimento do ofendido deve ser entendido como um exercício do direito e deve ser sempre privilegiado. Ora, entendendo o consentimento do ofendido como exercício do direito da liberdade e da autonomia do indivíduo, vislumbra-se o problema que se pretende abordar neste trabalho.

Tomando-se o consentimento da mulher vítima de violência doméstica, que acolhe o agressor e permite que ele incida no tipo do delito previsto no artigo 24-A da Lei Maria da Penha, como expressão da sua vontade, é necessário analisar se é possível que esse consentimento seja aplicado como causa supralegal de excludente de ilicitude.

O ARTIGO 24-A DA LEI MARIA DA PENHA COM RELAÇÃO AO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA

Conforme explanado acima, em 2018 a Lei Maria da Penha sofreu alteração que passou a criminalizar o descumprimento da medida protetiva. No entanto, o que se percebe na realidade fática

é que, muitas vezes, tal descumprimento não ocorre por iniciativa única do agressor. Pelo contrário, as relações que envolvem a violência doméstica são muito mais complexas e o vínculo afetivo e psicológico entre a vítima e o agressor não são desmantelados pela decisão judicial.

Montenegro (2015) ressalta que, na análise da Lei Maria da Penha, há a necessidade de observar as relações de gênero que envolvem a violência doméstica, bem como, as relações entre o casal. Nesse sentido, expõe que “não se pode deixar de analisar esse conflito como uma relação de poder, entre o gênero masculino, representado socialmente como forte, e o gênero feminino, representado socialmente como o fraco” (MONTENEGRO, 2015, p. 115) e ainda, é necessário sopesar que “os laços entre agressor e vítima não se extinguem, nem quando ocorre a separação, pois, em quase todos os casos analisados, há filhos” (MONTENEGRO, 2015, p. 170).

Assim, analisar a possibilidade da exclusão da ilicitude em consequência do consentimento da vítima de violência doméstica no momento do descumprimento da medida protetiva envolve analisar a autonomia da vítima em face da proteção legal.

Tal discussão não é inédita no direito penal brasileiro, principalmente com relação à Lei Maria da Penha, o qual já foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2012, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424. Assim, serão analisados os argumentos do referido julgamento, em contraposição à teoria do consentimento do ofendido.

A Lei n. 9.099/95, que introduziu os juizados especiais cíveis e criminais, expressa em seu artigo 88 que *além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas*. Contudo, com a entrada em vigor da Lei 11.340 em 2006, instalou-se verdadeiro imbróglio jurídico, uma vez que o artigo 41 da referida lei dispõe que *aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995*.

Dessa forma, em 2012 o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4424, a qual teve como objetivo analisar a possibilidade dos delitos de lesão corporal, de qualquer extensão, praticados contra mulher no âmbito da Lei Maria da Penha, prescindirem da representação da vítima.

Durante o julgamento, os ministros observaram que era comum a mulher em situação de violência doméstica procurar a delegacia, representar e, algum tempo depois, retratar-se da representação. Ainda que o artigo 16 da Lei Maria da Penha disponha que tal retratação apenas pode ocorrer em *audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público*, dispositivo que busca assegurar a manifestação livre da vontade da vítima, verificou-se inúmeras particularidades que envolvem a situação de violência doméstica e que culminavam com a retratação.

Conforme expressado no voto do Relator Ministro Marco Aurélio, a discussão está envolvida na “substituição do “modelo biomédico” por um “modelo social” de lesão corporal, calcado nos prejuízos sociais decorrentes dos casos de violência doméstica” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4424). Para o Ministro Relator, o dispositivo deve ser analisado buscando efetivar ao máximo o §8º do art. 226 da Constituição Federal, o qual dispõe que *cumprido ao Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações mantidas pelos integrantes da unidade familiar*.

No voto, o relator explica que a manifestação da vontade da vítima não pode ser encarada com espontaneidade, devido aos impactos emocionais não apenas da violência doméstica, que geralmente

vem acompanhada da violência psicológica, mas também por causa dos laços afetivos entre os agentes envolvidos. Nesse sentido, extrai-se do voto do Ministro Relator:

Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424)

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão. Entender que se mostra possível o recuo, iniludivelmente carente de espontaneidade, é potencializar a forma em detrimento do conteúdo (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424)

Ainda, interessante ressaltar que o Ministro Relator não ignora argumentos sobre a autonomia feminina e a colocação da vítima em uma posição de expectadora da própria vida. Nesse sentido o Ministro argumenta que “reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424). E continua expressando que o Estado não está tutelando a mulher, nem ignora sua liberdade, no entanto, expressa:

sopesando valores, penso que o maior a ser resguardado é o que direciona à proteção da mulher. E o Estado não a protege quando exige que adote postura de antagonismo em relação àquele que já se mostrou um agressor (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424)

Acompanha o Relator o Ministro Luiz Fux, argumentando, no que compete à manifestação livre da vontade da vítima, que a ideia de liberdade não pode ser interpretada de maneira radical a ponto que haja “uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424).

No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber inicia seu voto analisando os aspectos psicológicos da violência doméstica, que impõem obstáculos à manifestação livre da vontade da mulher, tais como a dependência emocional e financeira e o medo da morte, e exigir que a mulher represente “contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424).

A Ministra Rosa Weber prossegue seu voto reconhecendo a sociedade machista e patriarcal, marcada pelo desequilíbrio de poder entre os gêneros e afirmando a necessidade da proteção estatal. Para tanto, a Ministra cita o conceito de igualdade material:

Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica, materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais, tratamento desigual na medida de sua desigualdade. Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem tem reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424)

O argumento da igualdade material também é levantado no voto do Ministro Luiz Fux, ao afirmar que a Constituição, com o fim de proteger os integrantes da unidade familiar não pode ignorar a cultura de subjugação da mulher. Colhe-se do seu voto:

A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente. Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, a Lei n. 11340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Ao contrário do que se imagina, a mulher ainda é subjugada pelas mais variadas formas no mundo ocidental. São mecanismos de opressão insidiosos (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424)

Observa-se, portanto, que os votos estão divididos principalmente em dois eixos: a vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica em decorrência das particularidades da situação e como, e porquê, a partir dessa vulnerabilidade, surge o dever do Estado em proteger essa mulher, materializado, sobretudo, na Lei Maria da Penha.

Verifica-se a partir dos trechos destacados no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424 o reconhecimento de uma cultura que não apenas inferioriza a mulher e se manifesta através da violência doméstica, mas também, a importância da Lei Maria da Penha no combate a essa cultura.

Ainda, é possível ressaltar que em nenhum momento os ministros usam argumentos de forma a defender o uso do direito penal como solução para a violência doméstica, pelo contrário, o Ministro Luiz Fux reconhece que “é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424).

Dessa forma, os votos dos Ministros demonstram que deve prevalecer o interesse público e a proteção legal em detrimento da vontade da vítima de violência doméstica.

Contudo, não se pode negar as contradições que envolvem o feminismo e a Lei Maria da Penha, principalmente quando analisadas sob a criminologia crítica e o consentimento do ofendido sob o aspecto de liberdade e autonomia. Nesse sentido, a decisão e os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal ainda são discutidos e questionados, demonstrando as incoerências do discurso.

“De um lado, as feministas buscam a descriminalização de várias condutas que, precipuamente ferem a liberdade da mulher, ou de alguma forma se apresenta como um controle sobre a sua sexualidade” (MONTENEGRO, 2015, p. 28) E, de outro lado, “existe também, por parte das feministas, uma grande demanda para enrijecer a lei penal, quer seja criminalizando novas condutas (...) ou endurecendo as condutas já existentes, com o intuito de “proteger a mulher” (MONTENEGRO, 2015, p. 29).

Discute-se, assim, se o Direito Penal seria o melhor lugar para o combate à violência contra a mulher e se o Direito Penal teria efeito para mudar a realidade concreta, considerando que “teria a força de inverter a simbologia, já existente na sociedade, atuando como uma forma de persuasão sobre os indivíduos para que eles obedeçam a uma conduta mínima de comportamento” (MONTENEGRO, 2015, p. 111).

Nesse ponto, Andrade (2005) explica que o Poder Judiciário também é uma forma de controle social, que acaba por reproduzir os estereótipos ligados ao gênero, ao invés de procurar superá-los.

A passagem da vítima mulher ao longo do controle social formal acionado pelo sistema de justiça criminal implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura da discriminação, da humilhação e da estereotipia. Pois, e este aspecto é fundamental, não há uma ruptura entre relações familiares (pai, padrasto, marido), trabalhistas ou profissionais e relações sociais em

geral que violentam e discriminam a mulher, e o sistema penal que a protegeria contra este domínio e opressão, mas um *continuum* e uma interação entre o controle social informal exercidos pelos primeiros e o controle formal exercido pelo segundo (ANDRADE, 2005, p. 76).

Da mesma forma Montenegro (2015) critica esse sistema considerando, primeiramente, a carga simbólica expressa através do direito penal, que reproduz e estigmatiza não apenas a mulher, mas os seres humanos, e ainda, porque o direito penal ignora as estruturas que ensejam a violência doméstica, visto que não tem como objetivo solucioná-la para a sociedade como um todo, mas apenas encontrar um culpado e aplicar uma pena.

O direito penal não constitui meio idôneo para fazer política social, e as mulheres não podem buscar a sua emancipação através do poder punitivo e sua carga simbólica. Punir pessoas determinadas para utilizá-las como efeitos simbólicos para os demais significa a coisificação dos seres humanos. A própria mulher, historicamente, foi vítima dessa carga simbólica do Direito Penal, quando só poderia ser considerada vítima de determinados crimes quando fosse honesta, ou quando se portasse de maneira adequada na visão masculina (MONTENEGRO, 2015, p. 112).

Acerca da *coisificação* dos seres humanos, a autora argumenta que o direito penal e sua linguagem, utilizados na Lei Maria da Penha transforma todas as mulheres na mesma vítima, e “afasta qualquer possibilidade de participação da mulher na resolução do seu conflito” (MONTENEGRO, 2015, p. 115). Na realidade, ocorre “a apropriação, pelo sistema penal, dos conflitos das vítimas, de sorte que suas vozes e expectativas são completamente olvidadas e o problema não é solucionado” (MONTENEGRO, 2011, p. 48).

A autora propõe que a Lei Maria da Penha seja vislumbrada e aplicada a partir da proteção feminina e não da punição do agressor, de forma a ser utilizada como verdadeiro instrumento de emancipação da mulher. Nesse sentido, Montenegro (2011) rebate os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424 afirmando que:

se existe um intento de consideração da fala feminina (...) não há instituto que mais valorize a vontade das vítimas e considere as implicações do processo penal em suas vidas que a representação do ofendido e a sua retratabilidade. Não se trata, portanto, de beneficiar os supostos agressores, mas eleger como prioridade os anseios femininos (MONTENEGRO, 2011, p. 55)

Nesse viés, é possível perceber o encontro com a teoria do consentimento do ofendido. Ora, se o direito penal não é eficaz para o combate à violência contra a mulher, uma vez que objetifica a vítima e, nesse sentido, deve prevalecer a vontade da mulher, o consentimento da ofendida pode ser analisado sob a perspectiva de liberdade e autonomia, de forma que sua vontade deve ser respeitada.

Assim, para aqueles que defendem a aplicação da Lei Maria da Penha sob a autonomia da mulher e do respeito às suas escolhas, o consentimento da ofendida é a manifestação de sua liberdade, conforme defendido por Zaffaroni, e, portanto, deve ser causa de excludente de ilicitude, fortalecendo a emancipação da mulher.

De outro lado, é necessário refletir acerca da cultura patriarcal presente na sociedade brasileira e seus reflexos na vida da mulher e a finalidade da Lei Maria da Penha, conforme defendido pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Streck (2011) aponta a importância das interpretações pelo Poder Judiciário, com o objetivo de alcançar, totalmente as finalidades de uma referida lei. Em específico quanto à Lei Maria da Penha argumenta:

Toda vez que o Poder Judiciário se negar a aplicar os rigores da Lei Maria da Penha - que, insista-se, são rigores para proteger a dignidade da mulher - estará incorrendo em inconstitucionalidade, tendo em vista que estará protegendo de forma insuficiente (deficiente) os direitos fundamentais da mulher (STRECK, 2011, p. 100)

Quando se analisa o direito e, em específico, o direito penal e a criminalização de condutas, é inevitável relacionar que a legislação e sua aplicação tem como objetivo manter o *status quo* da sociedade e não revolucioná-la. Outrossim, Baratta (1999, p. 53):

o sistema de justiça criminal deve ser estudado, sobretudo, nos seus não conteúdos, ou seja, na sua seletividade negativa. Em outras palavras, naquilo que não criminaliza, seja não prevendo, (ou o fazendo de maneira limitada) na lei penal, certos comportamentos, seja com a não aplicação sistemática (ou com uma aplicação sistemática limitada) da lei a certos comportamentos

Dessa forma, quando se analisa o direito com relação ao gênero, tem-se que sua aplicação, ainda que inconscientemente, por muitas vezes reproduz estereótipos e busca sacramentar os papéis do feminino e do masculino na sociedade. Nesse sentido, é necessário refletir a aplicação das legislações e seu significado. Conforme Baratta (1999, p. 54):

A não intervenção do sistema penal na esfera privada e a sua abstinência no confronto da violência masculina não podem mais ser considerados, então, como uma tutela da esfera privada por parte do aparelho estatal, mas sim como uma falta estrutural de tutela das mulheres, vale dizer, a legitimação “pública” em si do incondicionado poder patriarcal

Campos (2011), ao analisar a Lei Maria da Penha sob a perspectiva da criminologia feminista, defende a importância do judiciário e da criminologia apropriarem-se das teorias feministas, e que, a resistência na sua aplicação também é uma forma de violência contra a mulher. Conforme explica a autora:

Outrossim, a crítica feminista à criminologia (ortodoxa e crítica) provocou verdadeira “ferida narcísica”, pois não apenas deu visibilidade à violência praticada pelos homens contra as mulheres, mas apresentou as metarregras sexistas que orientam a elaboração, a aplicação e a execução do direito (penal), bem como expôs a lacuna das investigações críticas em relação ao caráter falocêntrico do sistema penal. É incompreensível, portanto, que a criminologia tenha ignorado por décadas as análises feministas e que tenha se preocupado com esta nova forma de enfrentar os problemas do sistema penal apenas quando em questão a necessidade de responsabilização dos homens pelas violências contra as mulheres. Isto tudo porque não é aceitável - para um modelo de pensamento criminológico que se intitule crítico - o tradicional olhar androcêntrico que demonstra complacência com os danos provocados às mulheres quando atoras ou vítimas de delitos (CAMPOS, 2011, p. 165)

Portanto, da análise da proteção legal da Lei Maria da Penha, e da teoria do consentimento do ofendido, observa-se que, juridicamente, o consentimento da mulher vítima de violência doméstica no momento da violação da medida protetiva pode, ou não, ser aplicado como excludente de ilicitude, uma vez que o sistema jurídico criminal permite ambas as interpretações, sendo necessário um amadurecimento do Poder Judiciário nessas questões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar se o consentimento da ofendida, no momento do descumprimento da medida protetiva por parte do agressor, seria causa excludente de ilicitude, em uma verdadeira dicotomia entre a autonomia feminina e a proteção legal defendida pela Lei Maria da Penha.

Dessa forma, abordou-se a evolução histórico legislativa da Lei Maria da Penha e sua finalidade de proteção da mulher vítima de violência doméstica, justificada a partir das desigualdades históricas entre os gêneros e a importância da discriminação positiva trazida pela lei para a diminuição dessa forma de violência.

Em seguida, dedicou-se um tópico para abordar o conceito de consentimento do ofendido e suas consequências como causa excludente de ilicitude, partindo-se da posição defendida que o consentimento é a expressão do direito de liberdade do indivíduo.

Por fim, contrapôs-se a proteção legal da Lei Maria da Penha e a teoria do consentimento do ofendido a partir da análise dos votos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424/2012 do Supremo Tribunal Federal, no qual defende-se a proteção jurídica objetivada pela Lei Maria da Penha em detrimento da decisão da mulher em não representar no delito de lesão corporal.

É visível que, sob a perspectiva do consentimento do ofendido como expressão do direito de liberdade, em contraposição aos direitos da dignidade da mulher defendidos pela Lei Maria da Penha, tem-se um embate entre dois direitos não apenas fundamentais, mas reconhecidos e protegidos pelo sistema internacional de direitos humanos.

Ao longo da pesquisa foi possível perceber que, quando se discute a aplicação de institutos que buscam a proteção da mulher em situação de violência doméstica, não é possível desconectar-se das relações de submissão e hierarquização que envolvem os gêneros feminino e masculino e sua influência na vida e no exercício do direito de liberdade da mulher em situação de violência doméstica, fato que justifica a aplicação da Lei Maria da Penha.

Dessa forma, ainda que a autonomia e a emancipação feminina devam ser sempre defendidas e almejadas, o Estado deve dar condições para que a mulher exerça sua liberdade de forma livre e consciente, o que, infelizmente, não ocorre com a mulher em situação de violência doméstica, a qual encontra-se em um ciclo de violação dos seus direitos e de sua liberdade de expressão.

O consentimento da ofendida, que acolhe o agressor em sua casa e permite a violação da decisão judicial de medidas protetivas, é a expressão desse ciclo de violência e não deve ser utilizado para excluir a ilicitude do delito, principalmente considerando a finalidade de proteção que busca a Lei Maria da Penha e o próprio artigo 24-A.

Permitir que o consentimento da ofendida seja utilizado para a exclusão da ilicitude de um delito do qual o autor/agressor estava ciente que estava praticando é alterar o objetivo do tipo penal do artigo 24-A. O artigo 24-A é destinado ao agressor e, assumir o consentimento da ofendida como exclusão de ilicitude muda o foco da responsabilidade, que deveria ser do agressor, para a mulher, o que não é o objetivo da própria Lei Maria da Penha.

Portanto, é necessário que o Poder Judiciário se aproprie e busque aprofundar cada vez mais essas discussões, buscando sempre alcançar o melhor interesse da mulher em situação de violência doméstica.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina de. A Soberania Patriarcal: O Sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, p. 71-102, jul 2005.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 19-80.
- BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de advocacy feminista. In: **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011. p. 13-37.
- BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, 5 de Outubro de 1988.
- _____. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ.
- CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica brasileira. In: **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011, p. 143-172.
- CARVALHO, Elaile Silva. Violência contra a mulher no Brasil: A Lei Maria da Penha e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista da ESMAM**, São Luís, v.12, n.13, p. 80-97, jan./jun. 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- HIRATTA, Helena; LABORIE, Françoise; DOARÉ, Hélène Le; SENOTIER, Danièle. **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009.
- MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Não à retratação? O lugar da intervenção penal no crime de violência contra a mulher. **Revista Brasileira de sociologia do direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 1, n.2, jul/dez, 2014, p.47-62.
- OLIVEIRA, Elisa Rezende. Violência doméstica e familiar contra a mulher: um cenário de subjugação do gênero feminino. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília**. Ano 2012 - ed. 09 - Maio 2012.
- PIREANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011. p. 101-118.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **ADI n. 4424**. Ministro Relator: Marco Aurélio. Julgado em: 09/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>
- STRECK, Lênio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. In: **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011. p. 93-100.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Antijuridicidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 23, vol. 114, maio-jun. 2015. p. 17-50.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.