

**LEI “MARIA DA PENHA”. CONCEITOS ESSENCIAIS, A VIOLÊNCIA
PATRIMONIAL CONTRA A MULHER NA FORMA DA LEI 11.340/2006 E AS
IMUNIDADES PENAIS PREVISTAS NOS ARTIGOS 181 E 182 DO CÓDIGO
PENAL**

“MARIA DA PENHA” LAW. ESSENTIAL CONCEPTS, PATRIMONIAL VIOLENCE
AGAINST WOMEN AS BY LAW 11.340/2006 AND CRIMINAL IMMUNITIES
ENVISAGED IN ARTICLES 181 AND 182 OF THE BRAZILIAN PENAL CODE

Christiano Jorge Santos¹

Luiz Fernando Decoussau Machado²

RESUMO

Busca-se analisar neste artigo se o advento da Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, resultou na revogação, ainda que tácita e parcial, das imunidades penais previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal. Referida lei, em seu artigo 7º, inciso IV, conceitua a violência patrimonial, espécie da qual a violência doméstica e/ou familiar é gênero, enquanto o Código Penal encerra regra, no Título dos Crimes contra o Patrimônio, isentando de pena o agente que praticar este delito contra cônjuge. O objetivo deste artigo é analisar a antinomia (ou aparente antinomia) entre estes dispositivos. Secundariamente, pretende-se reafirmar o conteúdo de diversos conceitos relativos à mencionada lei.

¹ Possui graduação na Faculdade de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (1991), mestrado em Direito das Relações Sociais (direito penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (1999) e doutorado em Direito (direito penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (2008). Concluiu o curso de "Administração e Gestão em Segurança Pública" na Universidade de São Paulo - USP (2005/2006). Foi coordenador dos cursos de pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (CEAF-ESMP) de dezembro de 2009 a agosto de 2010. De 2015 a 2021 foi chefe do Depto. de Dir. Penal e Dir. Proc. Penal da Fac. de Direito da PUC-SP, onde leciona na graduação e na pós-graduação "stricto sensu" (mestrado e doutorado). Promotor de Justiça no estado de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa Impunidade Criminal (PUC-SP cadastrado junto ao CNPq). Coordenador do Núcleo de Extensão Universitária "Dom Claudio Hummes" da Fac. Dir. da PUCSP, desde ago/2021. Concluiu os cursos "online" "Comparative Equality and Anti-Discrimination Law" (Stanford University) e "Justice" (Harvard University). Email: christianojorgesantos@gmail.com

² Possui graduação em DIREITO pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2004). Atualmente é Juiz de Direito - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Mestre em Direito Constitucional - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Doutorando em Direito Constitucional - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Email: fernandodecoussau@uol.com.br

Palavras-chave: Violência doméstica ou familiar contra a mulher. Requisitos subjetivos e objetivos. Imunidades Penais. Crimes contra o Patrimônio. violência patrimonial contra a mulher. Antinomia.

ABSTRACT

The present article seeks to analyze whether advent of Law 11.340/2006, also known as the Maria da Penha Law, resulted in the revocation, even if tacit, of the criminal immunities provided for in articles 181 and 182 of the Penal Code. Said law, in its article 7, item IV, conceptualizes patrimonial violence, a species of which domestic and/or family violence is gender, while the Penal Code contains a rule, in the Title of Crimes Against Patrimony, exempting from penalty the agent who commits this offense against a spouse. The purpose of this article is to analyze the antinomy (or apparent antinomy) between these legal devices. Secondly, it is intended to reaffirm the content of several concepts related to the aforementioned law.

Keywords: Domestic or family violence against women. Subjective and objective requirements. Interpretation. Criminal immunities. Crimes against the Property. Patrimonial violence against women. Antinomy.

1 - INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente artigo realizar a análise da incidência ou não das normas permissivas previstas nos artigos 181 a 182 do Código Penal, as chamadas imunidades penais, nos delitos patrimoniais envolvendo a prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos dos artigos 5º e 7º, inciso IV, da Lei 11.340/2006.

É que, com o advento da Lei 11.340/2006 (conhecida como “Lei Maria da Penha”), especialmente dos seus artigos 5º e 7º, inciso IV, passou-se a punir, dentre as formas de violência, a chamada *violência patrimonial* no contexto doméstico ou familiar contra a mulher.

Daí decorre uma aparente antinomia em relação ao contido nos artigos 181 e 182 do Código Penal que, a rigor, excluem a punibilidade ou, ao menos, exigem a representação da vítima em determinados delitos patrimoniais ocorridos em circunstâncias específicas, ao passo que o artigo 7º, IV, da lei em estudo, prevê a hipótese de violência patrimonial contra a mulher. Este é o objeto deste artigo.

Buscar-se-á demonstrar se o artigo 7º, IV, da “Lei Maria da Penha”, que dispõe acerca da violência patrimonial contra a mulher no contexto doméstico ou familiar, derogou ou não os artigos 181 e 182 do Código Penal. Secundariamente, pretende-se melhor definir e reafirmar conceitos essenciais do tema, em especial, expressões contidas na Lei Maria da Penha. Para tanto, foi adotado o

método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em livros e periódicos e pesquisa documental em textos normativos (Constituição da República e leis federais).

2 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê expressamente no seu artigo 226 que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, bem como, no § 8º do referido artigo, dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir, prevenir e erradicar a violência no âmbito de suas relações.

E nesse sentido e, justamente com a finalidade de prevenir, coibir e erradicar a prática da violência doméstica ou familiar contra a mulher, conferindo, portanto, concretude ao mandamento constitucional e a máxima efetividade aos direitos fundamentais, é que a Lei 11.340, editada no dia 07 de agosto de 2.006, prevê em seu artigo 1º:

Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Importante ressaltar que a mencionada lei, em sua redação original, não previa nenhum tipo penal. Em verdade, o único delito tipificado no diploma normativo em análise foi inserido tão somente no ano de 2018. Trata-se do artigo 24-A, que prevê o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (uma espécie de crime de desobediência especializado).

Em verdade, estão presentes nesta lei normas, além daquelas de natureza processual, outras de caráter explicativo e pragmático, com vistas a implementar um sistema de prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, como se pode verificar, a seguir:

Sem prejuízo da atuação das demais profissões, a Lei Maria da Penha traz atribuições específicas a certos profissionais na prestação de atendimento e

*assistência à mulher vítima de violência, sendo eles o juiz de direito, a autoridade policial (delegado de polícia), o membro do Ministério Público (promotor de justiça), os advogados e defensores públicos que atuam na assistência judiciária e a equipe de atendimento multidisciplinar, formada por especialistas nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, que desempenharão suas atividades em juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher que vierem a ser criados(...)*³.

Diante desse contexto, a “Lei Maria da Penha” trouxe em seu artigo 5º, *caput*, e seus incisos, o conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, bem como estabeleceu o campo de abrangência legal, ao passo que o artigo 7º da referida Lei prevê as formas de violência doméstica ou familiar contra a mulher, interessando, nesta oportunidade, aquela prevista no inciso IV do referido artigo, a chamada violência patrimonial.

A violência patrimonial prevista no artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006 interessa porque, aparentemente, os artigos 181 e 182 do Código Penal, que dispõem acerca das imunidades absolutas e relativas em relação àqueles que praticarem os delitos patrimoniais em determinadas condições específicas, conflitam com a Lei 11.340/2006, impondo-se, daí, verificar se, de fato, ocorreu a revogação, ainda que tácita e parcial (posto que fora do contexto da Lei Maria da Penha continuaria em vigor), do contido no Código Penal.

É tormentosa a questão, porquanto, em se admitindo que o artigo 7º, IV, revogou, ainda que tacitamente, o contido nos artigos 181 e 182 do Código Penal, será imperioso concluir que nos casos envolvendo a prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher haverá a possibilidade de punição do sujeito ativo, havendo, portanto, relevantes reflexos penais.

Solucionar a questão, a saber: se o artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006 derogou o disposto nos artigos 181 e 182 do Código Penal, é o cerne deste artigo, portanto.

3 – A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER NOS TERMOS DO ARTIGO 5º DA LEI 11.340/2006.

Inicialmente, faz-se necessário identificar o conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher nos termos do artigo 5º da Lei 11.340/2006. E para tanto, incumbe, ainda que

³ OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de. VENTURA, Carla Aparecida Arena. Redução da Sobrevitimização nos Crimes de Agressão Sexual e Violência Doméstica por Meio de um Atendimento Humanizado, Intersetorial e Multiprofissional: Panorama da Legislação Federal. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto - SP, a. XVIII, n. 22, p. 169, jan./dez. 2013.

brevemente, esclarecer alguns termos contidos no artigo 5º, *caput*, da referida “Lei Maria da Penha” e os demais elementos previstos nos incisos do referido artigo.

Nesse sentido, dispõe o artigo 5º da Lei 11.340/2006 que “*para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*”.

Da leitura da norma acima mencionada conclui-se que, para a configuração da violência doméstica ou familiar, não basta ser a conduta do agente delitivo voltada contra a mulher, mas também é necessário que a ação ou omissão sejam baseadas no gênero da vítima. A expressão “baseada no gênero” consiste em requisito essencial para a interpretação dos tipos penais que tenham correlação com as questões atinentes à violência doméstica ou familiar, para que se entenda quem pode figurar como vítima para efeito da lei. Sobre os termos mulher e gênero, incumbe referir: em tempos pretéritos não havia discussão acerca do alcance do vocábulo mulher, assim entendido como sendo a pessoa que ostentasse essa condição no momento do seu nascimento. Atualmente, contudo, não existe consenso na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, havendo entendimento, inclusive, da possibilidade de interpretação extensiva quanto à identidade de gênero e que permite, por conseguinte, abarcar ao referido conceito, por exemplo, a transexual, também referida como mulher transgênero ou “mulher-trans”.

E não é só.

Há também a questão da interpretação do termo “violência baseada no gênero”, para a aplicação da Lei, havendo intensa discussão acerca do seu alcance, pois, afinal, o que seria a violência baseada no gênero e qual seria o ponto nevrálgico de diferenciação desta espécie de violência das demais?

E a discussão sobre esse ponto revela-se de especial importância, porquanto a correta aplicação da Lei 11.340/2006, com a delimitação do seu alcance, é o ponto de partida necessário para a análise do que vem a ser a violência patrimonial prevista no artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006 e, consequentemente, servirá como lastro para a análise da eventual revogação por tal norma dos artigos 181 a 183 do Código Penal.

3.A – SUJEITO ATIVO, PASSIVO E VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO.

A primeira questão posta acerca da interpretação do artigo 5º da Lei 11.340/2006 é a impossibilidade de aplicação da referida lei às hipóteses envolvendo vítima do sexo masculino, seja pela ausência de previsão legal, seja porque superada a ideia da inconstitucionalidade da restrição por violação ao princípio da isonomia, estabelecido no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Isto porque, a despeito das alegações em contrário, a proteção conferida pela Lei 11.340/2006 às mulheres em situação de violência doméstica ou familiar não decorre de discriminação injustificável⁴, tratamento desigual ou inconstitucional em favor das mulheres em detrimento de homens, mas sim, tem por escopo corrigir uma distorção verificada tanto no Brasil como no resto do mundo, que é a violência praticada em face das mulheres e decorrente do gênero.

E tanto isso é verdade que o Brasil é signatário de tratados internacionais cujos objetivos são justamente o combate e a prevenção à violência praticada contra a mulher de forma ampla. Tais tratados, entre eles a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher⁵ e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”⁶ ingressaram em nosso ordenamento jurídico e, até o advento da Lei 11.340/2006, nunca sequer se cogitou sobre eventual inconstitucionalidade de tais documentos.

Ademais, também é certo que cancelar a existência de situações envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher importaria em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, bem como seria admitir a submissão da mulher a uma situação degradante em afronta ao princípio da isonomia em seu aspecto material e à previsão expressa do artigo 3º, IV, da Constituição Federal.

E, nesse sentido, os conceitos de isonomia formal e material não se confundem, pois a igualdade, que inicialmente era tida apenas do ponto de vista formal, ou seja, consistiria em tratar a todos da mesma maneira, a partir da premissa de que todos são iguais

⁴ Trata-se de hipótese de discriminação positiva, absolutamente harmonizada com o princípio da isonomia, como se vê em SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 44-46.

⁵ Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4377, de 13/09/2002.

⁶ Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 1973, de 1º/08/1996.

seria apenas uma exigência de generalidade e de abstração da lei em face do Poder Judiciário e dos órgãos da Administração.

Numa segunda etapa, iniciada no século XX, segundo Marcelo Novelino, com o advento do Estado Social, “... a crescente intervenção estatal nas relações sociais, econômicas e culturais foi acompanhada pela releitura do princípio. A concepção formal de igualdade, embora tenha representado um importante avanço, mostrou-se insuficiente para definir quem deve receber igual tratamento e em que medida isso deve ocorrer. A constatação de que o mero dever de igual tratamento para indivíduos e situações com as mesmas características essenciais acaba por legitimar arbitrariedades e injustiças revelou a necessidade de desenvolver uma concepção material de igualdade, direcionada também ao conteúdo das normas criadas pelo legislador⁷”.

A igualdade material, portanto, veio a aprimorar o conceito primeiro, correspondendo, de acordo com Flavia Piovesan, ao ideal de justiça social e distributiva,

“(...) enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia)⁸”.

E verte-se que nas relações afetivas, homens e mulheres ainda usualmente (sob um prisma “tradicionalista”) exercem papéis distintos. É que, em um ponto de vista mais “tradicional”, enquanto o homem é o provedor, o elo economicamente mais forte da relação, à mulher, por sua vez, é relegado o papel de mantenedora do lar (seja como atividade preponderante ou como “segunda jornada” de trabalho), submetida invariavelmente a uma relação vertical caracterizada por uma hipossuficiência econômica e afetiva que inviabiliza o exercício pleno dos direitos fundamentais. Esta é a situação que se busca prevenir, coibir e erradicar.

⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 364.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 126.

E não se nega ter sido a questão objeto de intenso debate, do qual resultou a propositura da ação declaratória de constitucionalidade nº 19, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade com eficácia contra todos e efeito vinculante, de tal maneira que não se admite mais discussão a respeito do tema.

Diante deste contexto, conclui-se que o *discrimen* utilizado pela lei é válido, e busca apenas tratar desigualmente mulheres em situação de desigualdade nas relações domésticas ou familiares, segundo critérios de isonomia material, sendo, por estes motivos, inviável é a aplicação da lei para casos envolvendo vítima do sexo masculino.

Nesse sentido, tem se inclinado a jurisprudência, como se vê na ementa de julgado ora colacionada:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Inquérito policial instaurado para apuração do crime de estupro de vulnerável praticado, em tese, pelo genitor contra seu filho. *Sujeito passivo do sexo masculino. Incidência da lei nº 11.340/06 afastada.* Aplicação da Súmula 114 deste Tribunal de Justiça. Competência do Juízo do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital, ora suscitado. (TJSP. Conflito de Jurisdição 0020725-54.2016.8.26.0000; Relator(a): Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XV - Butantã - Vara da Região Oeste de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher; data do Julgamento: 05/12/2016; data de Registro: 09/12/2016).

Feitas tais considerações e afastada a possibilidade de aplicação da Lei 11.340/2006 para situações envolvendo vítima do sexo masculino, a discussão ganha contornos mais complexos quando se busca a melhor interpretação do vocábulo mulher em cotejo com a questão do(a) transexual ou mulher transgênero ou “mulher-trans”⁹.

Sobre tal ponto há divergências, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da interpretação do vocábulo mulher para fins legais e, conseqüentemente, acerca da aplicação da norma em favor das transexuais femininas, pessoas também chamadas transgêneros ou simplesmente “mulheres trans”.

Com efeito, uma primeira corrente de interpretação, mais conservadora, entende que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas pode passar a ter órgão genital de conformidade

⁹ Na definição de Denise Hammerschmidt e Thalita Fabris da Silva, “*Mulher transgênero é toda aquela que, tendo como sexo biológico o masculino, autopercebe-se no gênero feminino, buscando seu reconhecimento no meio social e legal como mulher*”. In HAMMERSCHMIDT, Denise, (coord). Transgêneros. **Tratado dos Direitos das Mulheres**. Curitiba, Juruá, 2020, p. 409.

feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma segunda corrente, independentemente de a “mulher-trans” realizar operação cirúrgica para mudança de sexo ou não, deve ser reconhecida como mulher, desde que ocorra a alteração do sexo (para feminino) no registro civil, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4275/DF¹⁰ (pela qual foi dada interpretação conforme ao artigo 58 da Lei dos Registros Públicos – Lei nº 6015/73) e regulamentada pelo Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹¹.

Maria Berenice Dias, a respeito, em sua obra “A Lei Maria da Penha na Justiça”, vai além e defende a interpretação extensiva em favor do sujeito passivo transexual, travesti ou transgênero, independentemente da alteração no registro civil, incluindo-o no espectro de proteção normativo, porquanto a autora, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade da qualidade mulher do sujeito passivo para a incidência das regras protetivas, admite que “lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros que tenham identidade social com o sexo feminino sejam protegidos pela norma¹²”.

Segundo seu raciocínio, conferir ao transexual feminino a proteção da Lei 11.340/2006 seria apenas reconhecer uma realidade daqueles que, na verdade, são mulheres para todos os fins, segundo uma perspectiva de gênero, conferindo concretude, nesse sentido, para os princípios da dignidade da pessoa humana e evitando-se qualquer forma de preconceito e de discriminação, conforme artigos 1º, III e 3º, IV, da Constituição Federal. É o chamado conceito de mulher sob uma perspectiva de gênero.

¹⁰ Ementa do julgado: “DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275> (acesso aos 31 de maio de 2020).

¹¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/434a36c27d599882610e933b8505d0f0.pdf> (acesso aos 31 de maio de 2020).

¹² DIAS, Maria Berenice, **A Lei Maria da Penha na Justiça**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 61/62.

Por tal ótica, caberia, por conseguinte, observar que o artigo 4º da Lei 11.340/2006 determina: na *“interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”*. Nada obstante, é igualmente certo que, sendo a Lei 11.340/2006 um conjunto de normas restritivas de direitos, inclusive à liberdade, tal como se vê da previsão das medidas protetivas de urgência, na possibilidade de prisão preventiva em razão do seu descumprimento ou até mesmo pela impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, a sua interpretação deverá ser restritiva e, conseqüentemente, é de todo inadequada a aceitação da tese esposada pelos autores tidos como mais “avançados”, neste específico e polêmico aspecto.

Cabe explicitar não se tratar o entendimento aqui adotado de preconceito contra “pessoas-trans” ou transexuais, tampouco aqui se vale do “tecnicismo jurídico” enquanto elemento formal para impedir a proteção penal a determinado segmento humano, mas sim de compreensão jurídica da matéria pela qual se privilegia o respeito a direitos individuais caríssimos a uma sociedade democrática, ou seja, a compreensão de que as normas restritivas de direitos, notadamente na esfera penal (quando há a possibilidade de privação de liberdade de pessoas), devem ser interpretadas restritivamente. Logo, o alcance da Lei 11.340/2006 não abarca, em regra, a situação do sujeito passivo transexual, por si, porquanto, para fins penais, não é reconhecido como mulher na acepção jurídica do termo. “Mulher” será a pessoa que ostentar esta condição em seu assento de nascimento, ainda que retificado judicialmente ou extrajudicialmente, independentemente de qualquer ato cirúrgico, tal como prevê, inclusive, o Provimento 16/18 da Corregedoria Geral do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹³, em consonância com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e em conformidade à regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, acima indicados.

Trata-se, com o devido respeito aos entendimentos diversos, de critério objetivo e seguro adotado como forma de aplacar a insegurança jurídica da aplicabilidade da norma penal mais gravosa indiscriminadamente, impedindo, portanto, que uma questão delicada possa ser solucionada segundo o arbítrio do julgador e resulte em distorções que poderão afetar a segurança jurídica, que importarão em violação ao princípio da isonomia e, eventualmente, até em restrição ao direito de ir e vir, tal como se vê nos artigos 20 e 42 da Lei 11.340/2006.

E mais: entender que, repise-se, as normas restritivas de direitos (quanto mais com reflexos penais) devem ser interpretadas restritivamente, definindo-se mulher para efeito da “Lei Maria da Penha” como aquela assim designada nos registros públicos, reforça o entendimento de que estes, sabidamente, devem espelhar a realidade.

¹³ Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/161121> (acesso aos 31 de maio de 2020).

Além disso, também é forçoso compreender, a partir da simples leitura do artigo 5º, *caput*, da Lei 11.340/2006, que o legislador prevê expressamente a necessidade de o sujeito passivo vítima de violência de gênero ostentar a condição de mulher à época da conduta. Fosse o contrário e, caso pretendesse abarcar a situação de outras pessoas que não se encontrassem nesta condição, mas que fossem consideradas mulheres por exercerem esses papéis na sociedade, o legislador, é certo, suprimiria tal expressão, mantendo apenas o conceito violência baseada no gênero como suficiente para delimitar o sujeito passivo. Se não o fez, é porque quis excluir tais situações, porquanto a lei não contém palavras inúteis.

Não se pode olvidar, ademais, que o entendimento mais ampliativo reforça a ideia padronizada de que a mulher é a pessoa mais vulnerável numa relação afetiva e merece reflexão mais aprofundada a pretensão de enquadramento desta espécie de relação social na qual se encontra uma “mulher-trans”, pois não se pode afirmar nem presumir que a transexual (pessoa biologicamente nascida homem) exercerá o papel “frágil” da relação (inclusive fisicamente). Aceitar, sem o estabelecimento de condições, a presunção absoluta de vulnerabilidade estabelecida pela lei, pode revelar um indevido contrassenso.

Isto porque numa relação na qual se encontra envolvida - ao menos - uma mulher transexual (com registro civil de pessoa do sexo masculino), inegavelmente há de ser reconhecida – comparativamente aos padrões morais e sociais mais tradicionais dos brasileiros de hoje¹⁴ - como bastante mais avançada em seu tempo. Por conseguinte, em se tratando de relação “à frente de seu tempo”, não parece lógico querer que se assuma no campo da violência doméstica, ao mesmo tempo, a visão mais “tradicionalista” (para muitos mais atrasada) de casal “homem-mulher” do ponto de vista biológico e socialmente “padronizada” ou “tradicionalista”, para a qual reverberaria a ideia de “macho dominante – mulher dominada”): a “mulher-trans”, por conseguinte, como dominada e necessitada da proteção da lei.

Assim, conclui-se que o sujeito ativo da conduta envolvendo violência doméstica pode ser tanto o homem como a mulher, mas o sujeito passivo deve ser necessariamente a mulher na acepção jurídica do termo, assim entendida como a pessoa que ostentar esta condição nos registros de pessoas naturais (a certidão de nascimento, mediante averbação, por exemplo) e que for vítima de violência motivada pelo gênero (conceito a ser delimitado adiante).

¹⁴ Conclusão a que se chega facilmente pela constatação empírica da dificuldade de aprovação da lei que criminaliza a homofobia e pelas referências a diversas formas de preconceito contra a população LGBT de acordo com o contido nos votos da decisão conjunta de 13 de junho de 2019 pelo Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Injunção nº 4733, de 2012 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26.

Estabelecida a interpretação restritiva do vocábulo “mulher” para fins da Lei 11.340/2006, entende-se como tal a pessoa que ostentar esta condição no assento de nascimento (por registro original ou tardio, ou seja, pelo registro efetuado logo após o nascimento ou por posterior alteração da identificação formal de sexo). Não é demasiado expressar que a alteração no âmbito dos registros públicos da condição de “homem” para “mulher”, independe da realização de qualquer ato cirúrgico, mas exige a adoção das providências judiciais ou extrajudiciais necessárias. É preciso, além disso, para a caracterização do crime e, conseqüentemente, para possibilitar-se a aplicação da lei específica e mais gravosa, que os fatos resguardem nexo causal com o gênero da vítima.

E novamente há aqui intensa discussão na doutrina e na jurisprudência acerca do alcance do vocábulo *violência de gênero* que será tratado a seguir.

Com efeito, os conceitos de gênero e sexo não se confundem. Isto porque, de acordo com Silvia Pimentel,

“No universo contemporâneo, sexo biológico, identidade de gênero e expressão de gênero são diferenciados, relacionados e às vezes confundidos no senso comum.

Face à fluidez dos conceitos, estudiosos buscam delimitar alguns parâmetros para o tema como: identidade de gênero - sentimento de ser homem ou mulher ou algo que abrange ou exclui os dois; sexo biológico - a definição sexual é aquela que ocorre em um espectro com genitália, cromossomos, gônadas e hormônios, desempenhando funções específicas; expressão de gênero se relaciona ao vestuário, comportamentos, linguagens e outras sinalizações.”¹⁵

Para a aplicação da Lei 11.340/2006 é preciso que a conduta tenha como sujeito passivo a mulher e que a referida conduta resguarde nexo causal com os papéis historicamente atribuídos ao homem e à mulher pela sociedade (o que fez desta última presumivelmente vulnerável para justificar a existência da lei protetiva).

Presumiu também o legislador a existência da violência de gênero nas relações baseadas em vínculo afetivo como o namoro, a união estável e o casamento, como decorrência da constatação empírica de que as mulheres são reiteradamente vítimas de violência de gênero nessas situações, bem como por haver justa necessidade de erradicar este tipo de violência. Todavia, faz-se necessário avaliar no caso concreto a existência da violência de gênero contra a mulher ou não.

É que, se existem situações claras em que evidentemente há violência baseada no gênero, há outras situações em que o panorama é nebuloso, cabendo ao intérprete, nos respectivos cenários,

¹⁵ PIMENTEL, Silvia. Gênero e direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito> (acesso aos 31 de maio de 2020).

avaliar o caso concreto para verificar se os fatos foram praticados objetivamente contra a mulher, *mas também se isso decorreu de sua condição de mulher*. Noutras palavras, em sendo caso positivo de violência contra a mulher, também se exige que a conduta tenha guardado nexos causal com o gênero da vítima. Em se tratando de resposta positiva, haverá o preenchimento do requisito da lei. Em caso negativo, não.

A esse respeito, merecem ser conferidos julgados (abaixo colacionados, exemplificativamente) em que se elaborou tal juízo, num dos casos para não se reconhecer a incidência da “Lei Maria da Penha”, e noutro, para assim se determinar:

Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG.

APELAÇÃO CRIMINAL - crime de lesão corporal praticado contra irmã - relação comercial - *violência não baseada no gênero* ou em razão do vínculo familiar - situação não alcançada pela lei maria da penha - baixa dos autos para a proposta de suspensão condicional do processo.

- Configura-se violência doméstica contra mulher a prática de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica ou no âmbito da família ou, ainda, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

- *Em que pese a vítima ser mulher e parente do agressor, restando evidenciado que o crime ocorreu independentemente do gênero e do parentesco entre ambos, mas sim em razão da relação comercial que possuem, não há que se falar em aplicação da Lei Maria da Penha.*

- Afastada a aplicação da Lei 11.340/06 e verificado que a pena privativa de liberdade mínima prevista para delito não supera 01 (um) ano, deve-se conceder, ao Ministério Público, a oportunidade de oferecer a suspensão condicional do processo ao acusado.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0313.13.001247-6/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/09/2015, publicação da súmula em 02/10/2015).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Vara Criminal e Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ação penal pela prática, em tese, do crime

de lesão corporal, supostamente cometido pelo ex-companheiro da vítima, com quem manteve relacionamento amoroso por dezessete anos, motivado por ciúmes. Hipótese de violência doméstica e familiar configurada. Conflito precedente. Competência do Juízo suscitado.

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0023022-05.2014.8.26.0000; Relator (a): Pinheiro Franco (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/08/2014; Data de Registro: 06/08/2014).

Como se vê, não basta que a vítima seja mulher para a aplicação da Lei 11.340/2006, mas também que os fatos resguardem nexos causal com o gênero para a configuração da violência doméstica ou familiar e, conseqüentemente, para o preenchimento do elemento exigido pela norma, havendo a presunção relativa da existência da violência de gênero nos casos de relações afetivas como namoro, casamento e união estável.

Como se não fosse suficiente, ainda que atendida a condição prevista no artigo 5º, *caput*, da Lei 11.340/2006, esta circunstância, por si só, é insuficiente para a aplicação da Lei 11.340/2006 ao caso concreto, sendo necessário, em somatória, que sejam verificados outros requisitos, quais sejam, que os fatos ocorram em determinado campo de abrangência, delimitado no capítulo a seguir.

3.B – OS CONCEITOS DE UNIDADE DOMÉSTICA, ÂMBITO DA FAMÍLIA E A RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO.

A definição acerca dos significados de *vítima do sexo feminino e violência baseada no gênero*, por si só, não permite a aplicação da Lei 11.340/2006. É preciso, ademais, que os fatos ocorram em um determinado campo de abrangência, seja no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto. São os chamados elementos objetivos do conceito de violência doméstica ou familiar previsto nos incisos I, II e III do artigo 5º da Lei 11.340/2006.

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

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

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

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

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

O requisito “unidade doméstica” está previsto no inciso I do artigo 5º da Lei 11.340/2006 e, segundo disposição legal é o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. Em outras palavras, é “*o local onde há o convívio permanente de pessoas, em típico ambiente familiar*”¹⁶, prescindindo, todavia, do efetivo vínculo familiar, mas convivendo como se família fossem. E diante deste contexto, depreende-se que para a configuração da unidade doméstica para fins legais é preciso, como se denota do próprio conceito, a existência de uma unidade, ou seja, que os fatos ocorram em um espaço de convívio permanente de pessoas em típico ambiente familiar, sendo indispensável o livre trânsito e mobilidade nos cômodos do imóvel.

O requisito “âmbito da família”, por sua vez, está previsto no inciso II do artigo 5º da Lei 11.340/2006 e, segundo disposição legal, é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. E nesse sentido, a violência praticada no âmbito da família “*engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção)*”¹⁷.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Comentadas**. V.1. 13. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020, p. 943.

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha – 11.340/2006. Comentada Artigo por Artigo**, 9. ed, Salvador: Juspodivm, 2020, p. 54.

O requisito “relação íntima de afeto”, finalmente, está previsto no inciso III do artigo 5º da Lei 11.340/2006 e, segundo disposição legal abarca qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Com efeito, a relação íntima de afeto é o “relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamentado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação¹⁸” e prescinde para a sua configuração da coabitação.

Como se vê, “a lei não poderia ser mais didática. Primeiro define o que seja violência doméstica (artigo 5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois estabelece seu campo de abrangência. A violência passa a ser doméstica quando praticada: (a) no âmbito da unidade doméstica; (b) no âmbito da família; (c) em qualquer relação íntima de afeto, independentemente da orientação sexual da vítima”.

É obrigatório que a ação ou omissão ocorra na unidade doméstica ou familiar ou em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente da coabitação. Modo expresso está ressalvado que não há necessidade de vítima e agressor viverem sob o mesmo teto para a configuração da violência como doméstica ou familiar. Basta que agressor e agredida mantenham, ou já tenham mantido, um vínculo de natureza familiar¹⁹.

Desta forma, preenchidos os elementos subjetivos, a saber, a conduta praticada em face da mulher e baseada no gênero, e objetivos, em um determinado campo de abrangência, estaremos diante da hipótese da violência doméstica ou familiar nos termos da Lei 11.340/2006.

4 – A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL E AS IMUNIDADES PENAIS PREVISTAS NOS ARTIGOS 181 A 182 DO CÓDIGO PENAL

Estabelecidos os conceitos de violência doméstica ou familiar contra a mulher baseada no gênero, o objeto deste tópico será conceituar uma forma específica de violência doméstica ou

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Comentadas**. V.1. 13. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020, p.945.

¹⁹DIAS, Maria Berenice, **A Lei Maria da Penha na Justiça**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.45.

familiar contra a mulher: a violência patrimonial, bem como estabelecer sua relação com as imunidades penais absolutas e relativas nos crimes contra o patrimônio.

4.A – A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

A Lei 11.340/2006 foi muito didática ao dispor sobre o tema violência doméstica ou familiar. É que, como já visto, primeiro a Lei delimitou o que vem a ser a violência doméstica ou familiar contra a mulher do ponto de vista subjetivo e depois estabeleceu seus aspectos objetivos, isto é, o campo de abrangência para a sua incidência (doméstico, familiar ou decorrente de uma relação íntima de afeto).

Mas não é só, a Lei 11.340/2006, além de circunscrever-se subjetiva e objetivamente, previu para a incidência das suas regras protetivas em favor da mulher em situação de violência, no artigo 7º, as formas específicas de violência doméstica ou familiar contra a mulher, dentre elas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. E neste ponto interessa o contido no inciso IV do artigo 7º, a chamada violência patrimonial.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

E da leitura do artigo acima citado, depreende-se que cometerá violência patrimonial contra a mulher aquele que praticar a conduta de reter (assim entendida como o ato de manter, guardar em seu poder) o patrimônio da ofendida. Também praticará a violência patrimonial aquele que subtrair, isto é, tirar ou retirar (sem seu consentimento) bem pertencente à vítima. Finalmente, compreende-se por “destruir” (embora melhor fosse a utilização do termo “danificar”, para abranger as condutas de inutilizar, deteriorar e destruir) o comportamento apto a estragar ou de qualquer modo danificar o bem pertencente à referida vítima.

Necessária se faz a ressalva de que o termo violência patrimonial empregado na *Lei Maria da Penha* não guarda correspondência com a definição de violência enquanto elementar de

diversos delitos do Código Penal. Isto porque, neste, violência significa violência exclusivamente física, no sentido de caracterizar uma agressão corporal (causada por empurrão, chute, soco, facada ou tiro, exemplificativamente), vale dizer, é a *vis corporalis*, e como tal são as elementares do roubo e do estupro, dentre outros casos. No Código Penal, portanto, distingue-se a violência física da grave ameaça (*vis compulsiva, ou violência moral*). Portanto, deve-se ter como premissa para entendimento da questão que o furto, para as vítimas estabelecidas na Lei Maria da Penha e em seu contexto, caracterizar-se-á como “violência contra a mulher” (subtração de coisas móveis de terceiros sem *violência ou grave ameaça à pessoa: artigo 155 do CP*), conquanto seja considerado crime patrimonial sem violência no âmbito do Código Penal.

Como se vê, o artigo 7º, IV, define como violência as condutas que repercutem negativamente no patrimônio da vítima e, aparentemente, conflitam com o disposto nos artigos 181 e 182 do Código Penal que, a rigor, preveem causas de exclusão de pena, se absolutas, ou tornam necessário o preenchimento de uma condição de procedibilidade para a instauração de inquérito policial ou a propositura de ação penal, se relativas, por razões de política criminal.

4.B – AS IMUNIDADES PENAIS ABSOLUTAS E RELATIVAS NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

As imunidades penais são normas permissivas e pessoais que conferem ao agente (autor da conduta típica e ilícita), desde que preenchidas as condições específicas da lei, a isenção de pena nos crimes contra o patrimônio. Para tanto, não podem incidir as exclusões contidas no artigo 183 do Código Penal, ou seja, inaplicável a previsão permissiva aos autores de roubo, extorsão ou qualquer outro crime com violência ou grave ameaça contra a pessoa, como também aos terceiros que praticam o delito em concurso com a pessoa abrangida pela imunidade. Por fim, também não se aplica a previsão se a vítima foi idosa (independentemente do crime praticado). São medidas decorrentes de política criminal que têm por fundamento a preservação da honra e da paz intrafamiliar.

“Por motivos de ordem política, ou, seja em obsequium ao interesse de solidariedade e harmonia no círculo da família, as legislações penais em geral declaram absoluta ou relativamente impuníveis os crimes patrimoniais quando praticados, *sine vi aut minis*, entre cônjuges ou parentes próximos(...) na ulterior evolução jurídica, devia ter desaparecido a excepcional imunidade penal, mas um outro argumento passou a justificar a persistência desta: a conveniência de evitar ensejo à cizânia, à violação da intimidade e ao desprestígio da família. O interesse de preservá-la ao ódio recíproco entre seus membros e ao escândalo de sua

honorabilidade (...) não deve ser sacrificado ao interesse de incondicional punição dos crimes lesivos do patrimônio, simples e exclusivamente tais²⁰”.

E diante deste contexto, o artigo 181 do Código Penal prevê as hipóteses das chamadas imunidades absolutas ou substanciais que, a rigor, constituem verdadeira causa de exclusão da pena (escusas absolutórias, portanto) por razões de política criminal, isto é, embora se trate de um fato típico, ilícito e culpável, o agente, porém, acobertado por determinadas circunstâncias específicas, estará isento de pena. Nesse sentido:

Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

De acordo com Cleber Masson:

“As imunidades penais absolutas (...) são condições pessoais (ou subjetivas), pois somente favorecem pessoas determinadas, não se comunicando aos demais coautores e partícipes do crime²¹”.

E mais. Trata-se de causa especial e pessoal de exclusão da pena aplicável em favor do cônjuge, independentemente do regime de bens e ainda que separado de fato, porquanto não se admite a integração da norma por analogia desfavorável ao réu. Embora exista entendimento pelo qual se dá conta de não serem cônjuges aqueles que vivem em união estável, sem a formalização da vida comum pelo casamento civil (cuja comprovação se dá pela certidão de casamento), prepondera atualmente a ideia de que houve equiparação como decorrência da disposição constitucional do artigo 226, §3º, CF: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. VII, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 324.

²¹ MASSON, Cleber. **Direito Penal**. v. 2. 12. ed. Rio de Janeiro: Gen/Método, 2019, p. 455.

Sobre o tema, manifestou-se Guilherme de Souza Nucci, como abaixo se vê, adotando o ponto de vista majoritário:

“Para nós havia indevida ampliação do conteúdo do art. 181, que já seria uma exceção controversa. Percebemos, agora, que o texto constitucional menciona nitidamente ser união estável algo diverso do casamento, mas ambas as relações formam igualmente uma família. Além disso, o fato de o Estado, pela via constitucional, reconhecer na união estável a existência de uma família, para efeito de lhe conferir proteção, deve ser estendido ao direito penal. O próprio STF tem sido liberal nesse cenário, reconhecendo a união estável de casal homoafetivo. (...) Enfim, privilegiar a família é mais importante que o título assumido pela união do casal, se união estável ou casamento”²².

No inciso II, está prevista a segunda hipótese:

“O inciso cuida apenas do parentesco em linha reta. Ascendentes são o pai, a mãe, o avô, além de bisavôs, tataravôs e assim por diante. Descendentes são o filho, o bisneto, o tataraneto etc. O dispositivo abrange qualquer tipo de filiação, legítima, ilegítima, civil ou natural. É que a Constituição Federal, em seu art. 227, §6º, dispõe que os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²³.

Além das imunidades absolutas previstas no artigo 181 do Código Penal, há as chamadas imunidades relativas ou processuais e estão contidas no artigo 182 do mesmo dispositivo legal. E ao reverso das imunidades absolutas que consistem em verdadeira causa de exclusão de pena, as imunidades relativas apenas exigem, em determinadas situações, que a ação penal, antes incondicionada, proceda-se mediante representação da vítima.

E nesse sentido:

Art. 182. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020. p. 572.

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 639.

II – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

As hipóteses de cônjuge separado ou mesmo de crimes envolvendo tio ou sobrinho se eles coabitarem, a rigor, não evidenciam um vínculo tão forte como nas hipóteses de incidência das imunidades absolutas e, justamente por isso, não isentam o autor do delito de pena, mas, ainda assim, por razões de política criminal exigirão a representação do ofendido para a instauração do inquérito policial ou para a propositura da ação penal. São hipóteses, portanto, de condição de procedibilidade, chamadas de imunidades relativas. Com a razão está Cezar Roberto Bittencourt que, a respeito, afirmou:

“Na verdade, não se trata de imunidade, absoluta ou relativa, mas simplesmente de alteração da espécie de ação penal, condicionada à representação do ofendido, desde que o crime patrimonial tenha sido praticado em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; irmão (...); tio ou sobrinho com quem o agente coabita²⁴”.

Como se vê, são hipóteses aplicáveis somente aos crimes de ação penal pública incondicionada (que não exigem a manifestação de vontade da vítima) e que passarão a condicionar a instauração do inquérito policial ou a propositura da ação penal, em casos em que, originariamente, não seria necessário. Tudo, desde que, evidentemente, não incida nas exclusões legais previstas no artigo 183 do Código Penal. É que não se aplica a regra se o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa (dentro da concepção do referido código, nos termos acima expostos no tópico 4.A); tampouco é aplicável a previsão ao estranho que participa do crime ou se o crime for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme dicção expressa do artigo 183 do Código Penal.

5 – A INCIDÊNCIA DAS IMUNIDADES PENAIS NOS DELITOS ENVOLVENDO A PRÁTICA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER

Neste capítulo, e depois de abordar temas como a violência doméstica ou familiar contra a mulher, a violência patrimonial e as imunidades penais, incumbe verificar se a Lei 11.340/2006 em seu artigo 7º, IV, revogou, ainda que tacitamente, o contido nos artigos 181 e 182 do Código Penal, havendo intensa discussão a este respeito.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 3, 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 337.

Maria Berenice Dias, em sua obra “A Lei Maria da Penha na Justiça”, tratou do tema ao dispor que *“a partir da nova definição de violência doméstica, que reconhece também a violência patrimonial, não se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos arts. 181 e 182 do Código Penal quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar. Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra a sua esposa ou companheira, ou, ainda, uma parente do sexo feminino. O Estatuto do Idoso, além de dispensar a representação, expressamente prevê a não aplicação desta causa de isenção de pena quando a vítima tiver mais de 60 anos”*²⁵.

E continuando, a autora sustenta que a *“Lei Maria da Penha reconhece como violência patrimonial o ato de ‘subtrair’ objetos da mulher, o que nada mais é do que furtar. Assim, se subtrair para si coisa alheia móvel configura delito de furto, quando a vítima é mulher com quem o agente mantém relação de ordem afetiva, não se pode mais admitir a escusa absolutória. O mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial ‘apropriar’ e ‘destruir’, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito a representação”*²⁶.

Todavia, em que pesem os argumentos trazidos pela autora, não há como sustentar a revogação, ainda que tácita, dos artigos 181 e 182 do Código Penal pelo artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006. E para tanto será necessário realizar breve digressão.

Com efeito, dá-se a chamada antinomia nas hipóteses em que houver um conflito entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento e dotadas do mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material²⁷. E nesse sentido, as antinomias poderão ser reais, quando solucionadas pela exclusão de uma das normas, ou aparentes, nas situações em que a incidência de duas ou mais normas, como decorre do próprio conceito, é apenas aparente, devendo a questão ser solucionada pelos critérios interpretativos, dentre eles o hierárquico, o cronológico e o especial.

E nesse sentido, apenas as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, sendo fundamento de validade para o ordenamento jurídico brasileiro.

²⁵ DIAS, Maria Berenice, **A Lei Maria da Penha na Justiça**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 71.

²⁶ DIAS, Maria Berenice, **A Lei Maria da Penha na Justiça**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 71.

²⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 148.

No caso de conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais, prevalecerá a norma constitucional, afinal, “*lex superior derogat inferiori*”.

Ademais, há o chamado critério cronológico para a solução de conflitos ou antinomias aparentes de normas. E pelo critério cronológico depreende-se que as normas, em regra e caso não sejam temporárias, segundo o princípio da continuidade das leis, vigoram por prazo indeterminado e até que outra norma a revogue, isto é, retire os seus efeitos (“*lex posterior derogat priori*”). Todavia, uma lei posterior somente revoga outra, anterior, se versarem sobre o mesmo tema ou havendo disposição expressa neste sentido. A revogação, portanto, poderá ser total ou parcial e expressa ou tácita.

“A revogação é o gênero, que contém duas espécies: a *ab-rogação* e a *derrogação*. A *ab-rogação* é a supressão total da norma anterior, e a *derrogação* torna sem efeito uma parte da norma. Logo, se derrogada, a norma não sai de circulação jurídica, pois somente os dispositivos atingidos é que perdem a obrigatoriedade”²⁸.

“Será expressa quando o elaborador da norma declarar a lei velha extinta em todos os seus dispositivos ou apontar os artigos que pretende retirar. Será tácita quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga pelo fato de que a nova passa a regular inteiramente a matéria tratada pela anterior. Se a lei nova apenas estabelecer disposições gerais ou especiais, sem conflitar com a antiga, não a revogará (LICC, art. 2º, § 2º)”²⁹.

Além dos critérios da hierarquia e da cronologia para a solução das antinomias aparentes, há o critério da especialidade. E a norma será especial se possuir todos os elementos da norma geral, além de outros denominados “especializantes”, isto é, “é especial quando acrescenta à norma geral um ou vários requisitos”³⁰. E nas situações em que houver conflito entre normas gerais e específicas, mas da mesma hierarquia, prevalecerá aquela que for especial, afinal, “*lex generali non derogat speciali*”.

E feitas as considerações acima, a despeito dos entendimentos diversos, a Lei 11.340/2006 em seu artigo 7º, IV, não revogou expressamente, nem tampouco tacitamente, o contido nos artigos 181 e 182 do Código Penal.

²⁸ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, 79.

²⁹ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 79.

³⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, Vol. 2, 29ª ed, Ed. Atlas 2012, p. 109.

É que a Lei 11.340/2006 possui um conteúdo híbrido, abrangendo as searas dos direitos administrativo, civil e processual. No que tange ao direito penal, apenas se restringe à criminalização de uma única conduta (artigo 24-A, que prevê uma desobediência a ordem judicial especial) e, ainda assim, por força de lei posterior, de 2018. De tal maneira, não há que se admitir, indene de questionamentos, que as condutas apontadas no artigo 7º, IV, sejam de natureza penal, não havendo, desta forma, a incompatibilidade total das normas aqui discutidas. Inexiste, portanto o requisito essencial para que se admita o fenômeno da revogação tácita.

Ademais, é descabida a comparação feita com a excepcionalidade estabelecida pelo Estatuto do Idoso, posto que a “Lei Maria da Penha” não previu a revogação expressa dos artigos 181 e 182 do Código Penal na Lei 11.340/2006, tal como se sucedeu, por exemplo, no Estatuto do Idoso que acrescentou o inciso III ao artigo 183, pelo qual se impediu o reconhecimento da imunidade se o crime for cometido contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. No mesmo sentido foi o posicionamento adotado por parte da doutrina, como se vê: *“quando o legislador pretendeu excluir do âmbito de incidência das imunidades, ele o fez expressamente, como ocorre na hipótese do crime ser praticado contra o patrimônio de idoso. Com efeito, estabelece o art. 183, III, do Código Penal (acrescentado pela Lei 10.741/2003), que não se aplicam as imunidades se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”*³¹.

Além do mais, é certo que o artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006 traz dispositivos gerais acerca da violência patrimonial contra a mulher, de tal maneira que, neste contexto, não tem o condão de revogar os artigos 181 e 182, específicos no que tange aos crimes contra o patrimônio previstos nos artigos 155 e seguintes do Código Penal, segundo recomendam as regras da hermenêutica.

Aliás, neste ponto dispõe o artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

³¹ CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha – 11.340/2006. Comentada Artigo por Artigo**, 9. ed, Salvador: Juspodivm, 2020, p. 73.

A este respeito já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em hipótese de reconhecimento das imunidades penais nas hipóteses de violência doméstica ou familiar contra a mulher:

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP

APELAÇÃO. Crime de dano qualificado. Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. A imunidade absoluta prevista no artigo 181, I, do Código Penal aplica-se à união estável. 2. A Lei nº 11.340/06 não derogou o artigo 181, I, do Código Penal, de sorte que subsiste a imunidade absoluta, ainda que o crime seja cometido com violência doméstica e domiciliar, observando-se as restrições à escusa absolutória constantes do Código Penal (artigo 183, do Código Penal). Conduta do acusado que se acha isenta de pena. Recurso provido, para absolver o réu.

(TJSP. Apelação Criminal 0001032-62.2011.8.26.0646; Relator: Laerte Marrone; Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de Urânia - Vara Única; data do Julgamento: 30/01/2015; data de Registro: 30/01/2015).³²

Ante todo o exposto, há de se concluir que continuam a vigorar os artigos 181 e 182 do Código Penal, ou seja, aplicam-se as imunidades absoluta ou relativa aos casos de furtos, apropriações indébitas e estelionatos praticados em prejuízo da mulher num relacionamento familiar do tipo casamento ou união estável.

Resumida e esquematicamente, portanto, não há como se admitir a conclusão no sentido de que o artigo 7º da Lei 11.340/2006 teria revogado os artigos 181 e 182 do Código Penal, porque:

- 1) A ‘Lei Maria da Penha’ (Lei 11.340/2006), conquanto seja posterior ao Código Penal, não é lei de natureza penal, tampouco o é penal a norma nela prevista no artigo 7º (onde se vê a inclusão da expressão violência contra a mulher de natureza patrimonial).
- 2) Assim, impede-se a revogação tácita, à medida em que se tratam de matérias distintas. Caso assim desejasse o legislador, o teria feito, a exemplo do ocorrido com a previsão incorporada no artigo 183, III, do Código Penal, pelo Estatuto do Idoso (Lei

³² Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0001032-62.2011&foroNumeroUnificado=0646&dePesquisaNuUnificado=0001032-62.2011.8.26.0646&dePesquisa=&uuidCaptcha=> (acesso em 31 de maio de 2020).

nº 10.741/2003), de modo expresso. Por conseguinte, se não houve a revogação expressa e não cabendo a revogação tácita, as previsões legais encontram-se em pleno vigor e aptas a serem aplicáveis, como vem sendo, aliás.

- 3) Como se não bastasse, incumbe salientar que a previsão da violência do artigo 183, I, in fine, do Código Penal, é expressa no sentido de se tratar de “violência contra a pessoa”. Ora, caso a revogação tivesse se operado, ou seja, se a lei especial de 2006 tivesse revogado o *codex* de 1940, e, por conseguinte, o termo *violência* utilizado na “Lei Maria da Penha” tivesse que ser incorporado com seu sentido mais amplo pelo Código Penal, a interpretação sobre o significado da *vis corporalis* (violência corporal ou, nos dizeres do código, apenas “violência”) também teria que ser redimensionada, gerando caos hermenêutico para se diferenciar um furto de um roubo, por exemplo. E não se poderia conceber no Código Penal que ao longo de todos os seus artigos a elementar violência (física), teria um significado para os homens e outro para as mulheres. A propósito, não é porque o mesmo artigo 7º da Lei Maria da Penha prevê um conceito específico sobre o que – para ela – caracteriza violência sexual, que um delito contra a liberdade sexual sem violência contra a pessoa (artigo 216-A, por exemplo) e, portanto, menos grave, teria o condão de converter-se em estupro (artigo 213 do CP, equiparado a hediondo). Ou o termo violência possui significado único no código, ou toda a harmonia e a sistemática hermenêutica ficam comprometidas.

Por estes motivos, entende-se que nada impede a incidência das imunidades penais previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal nas hipóteses de violência patrimonial doméstica ou familiar contra a mulher, desde que, evidentemente, não incidam as exclusões contidas no artigo 183 do Código Penal.

6 – CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se inquestionável a importância da Lei 11.340/2006 para a diminuição e posterior erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher:

De fato, um Estado Democrático e Social, como o instituído pela Constituição de 1988, muito conhecida como “Constituição-Cidadã”, deve garantir não somente direitos, mas efetivá-los por meio de políticas públicas e, no caso brasileiro, apesar de todo aparato jurídico estabelecendo uma condição igualitária à mulher, ela ainda é uma das maiores vítimas de violência na nação brasileira (...)”³³.

Verifica-se que a aplicação da Lei 11.340/2006 submete-se ao preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivos previstos no artigo 5º, *caput*, e incisos da referida Lei, não se revelando admissível a incidência da lei mais gravosa para qualquer situação envolvendo a mulher.

E isto é evidente porque, se a Lei 11.340/2006 tem por finalidade coibir, punir e erradicar a violência em face da mulher no contexto doméstico ou familiar, é preciso também que a sua aplicabilidade seja limitada aos casos abarcados pela norma, conforme descritos neste artigo, como forma de evitar uma leitura que, ao invés de reforçar, afronte os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, é preciso que a conduta praticada pelo agressor tenha como sujeito passivo a mulher, assim entendida como a pessoa que ostente juridicamente esta condição, vale dizer, que seja reconhecida como tal no âmbito da legislação dos registros públicos ou, em outras palavras, no registro de nascimento, seja pelo registro inicial, seja por modificação posterior, juridicamente autorizada. Também não se olvide da necessidade de que a conduta resguarde nexos causal com o gênero. Estes são os requisitos subjetivos previstos no artigo 5º, *caput*, da Lei 11.340/2006.

Ademais, também é preciso que a conduta praticada pelo agressor ocorra dentro de um determinado campo de abrangência: seja na unidade doméstica, no âmbito familiar ou como decorrente de qualquer relação íntima de afeto. São os denominados requisitos objetivos previstos nos incisos I a III do artigo 5º da “Lei Maria da Penha”.

Deste modo, verificados tais requisitos, haverá hipótese de violência doméstica ou familiar contra a mulher para todos os fins legais.

E a exposição do conceito de violência doméstica é necessária para a análise do alcance e aplicação de uma das formas específicas de violência doméstica ou familiar contra a mulher, a violência patrimonial em cotejo com as imunidades penais contidas nos artigos 181 e 182 do Código Penal.

³³ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. SÁLVIA, Stéphanie G. de Carvalho. A Violência em Face da Mulher no Estado Democrático de Direito Brasileiro e a Efetivação do Programa “Mulher, Viver sem Violência”. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XX, V. 24, N. 1, p. 101. Jan./Jun. 2015.

Estabelecidos os conceitos de violência patrimonial, e determinando-se que as normas contidas na Lei 11.340/2006 são eminentemente cíveis (notadamente civis, administrativas e processuais penais e, portanto resta nítido ser apenas de importância terciária sua natureza penal), não se faz possível compreender que os artigos 181 e 182 do Código Penal, tenham sido revogados pela “Lei Maria da Penha”.

Isto porque, embora a norma contida no artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006, seja posterior à previsão legal dos artigos 181 e 182 do Código Penal, dada a diferença de naturezas e porque não se verifica da análise dos referidos artigos, a incompatibilidade expressa ou tácita entre eles e que seria necessária para a revogação da norma.

Também assim se conclui pela ausência de revogação expressa (situação distinta do ocorrido com o Estatuto do Idoso, pelo qual foi incluído o inciso III do artigo 183 do CP).

Como se não bastasse, a “Lei Maria da Penha” atribui à expressão violência patrimonial um sentido totalmente diverso do que é dado ao termo violência (violência física contra a pessoa) do Código Penal, inclusive no que tange aos crimes contra o patrimônio, de maneira que o entendimento da revogação tácita por uns caracterizaria verdadeiro caos hermenêutico, inviabilizando, até a aplicação lógica e sistêmica do Código Penal em algumas hipóteses.

Em epílogo, por conseguinte, conclui-se que os artigos 181 e 182 do Código Penal não foram revogados pelo artigo 7º, IV da Lei 11.340/2006, e são aplicáveis nas situações envolvendo a prática de delitos patrimoniais não excepcionados no artigo 183 do Código Penal, independentemente da previsão da expressão violência patrimonial em face da mulher da Lei Maria da Penha e ainda que nas situações previstas no artigo 5º, *caput* e incisos da Lei 11.340/2006.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins, SÁLVIA, Stéphanie G. de Carvalho. A Violência em Face da Mulher no Estado Democrático de Direito Brasileiro e a Efetivação do Programa “Mulher, Viver sem Violência”. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XX, V. 24, N. 1, p. 97-120. Jan./Jun. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v.3, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. **Cadernos Jurídicos. Violência Doméstica**. Escola Paulista da Magistratura, Ano 15, n.38, Janeiro – Abril 2014.

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha – 11.340/2006. Comentada Artigo por Artigo**, 9. ed, Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice, **A Lei Maria da Penha na Justiça**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINIZ, *Maria Helena*, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

HAMMERSCHMIDT, Denise; SILVA, Thalita Fabris da. Transgêneros. In HAMMERSCHMIDT, Denise (coord). **Tratado dos Direitos das Mulheres**. Curitiba, Juruá, 2020, p. 407-425.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v.VII, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal**. v.1. 37. ed. Atualizado por André Estefam. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. v.2. 12. ed. Rio de Janeiro: Gen/Método, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. v.2. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Comentadas**. v.1. 13. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de. VENTURA, Carla Aparecida Arena. Redução da Sobrevitimização nos Crimes de Agressão Sexual e Violência Doméstica por Meio de um Atendimento Humanizado, Intersetorial e Multiprofissional: Panorama da Legislação Federal. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto - SP, a. XVIII, n. 22, p. 163-178, jan./dez. 2013.

PIMENTEL, PIMENTEL, Sílvia. Gênero e direito. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito> (acesso aos 31 de maio de 2020).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

Submetido em 19.03.2021

Aceito em 10.10.2021