

REFLEXÕES CRIMINOLÓGICAS E O JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41 DA LEI MARIA DA PENHA

Renato Eduardo de Paiva¹
Márcio Evangelista Ferreira Da Silva²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo fazer uma abordagem teórica criminológica como substrato para dar suporte a algumas reflexões sobre o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), proferido no *Habeas Corpus* (HC) nº 106.212-MS, em 24 de março de 2011. Nosso objetivo será o de verificar se a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no citado julgamento pode fazer com que se considere ou não o desfecho do caso com viés, ou seja, se a partir das críticas sobre a pena de prisão, os efeitos desfavoráveis produzidos pelo encarceramento em massa, como a institucionalização, o etiquetamento, a dificuldade de reinserção social do egresso do sistema penitenciário, até os aspectos relativos a questão da aplicação da justiça restaurativa, fariam com que fosse possível, do ponto de vista teórico, considerar o mérito da decisão proferida pela Suprema Corte no caso citado, como sendo um julgamento marcado por alguma distorção ou falta de correspondência com os argumentos solidamente construídos pela criminologia tradicional ou mesmo pela criminologia crítica.

Palavras-chave: Criminologia. Lei Maria da Penha. Vedação. Benefícios.

Abstract

This article aims to make a theoretical criminological approach as a substrate to support some reflections on the judgment, by the Federal Supreme Court (STF), delivered in Habeas Corpus (HC) nº 106.212-MS, on March 24, 2011. Our objective will be to verify if

¹ Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (PPG-MPDS IESB); Major do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4884-1805> Contato: renatoeduardopaiva@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5396180347289456>

² Doutor e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário IESB. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8427-0099> Contato: marcio.efs@gmail.com Lattes <http://lattes.cnpq.br/2036864260942055>

the conclusion reached by the Federal Supreme Court in the aforementioned judgment can lead to considering or not the outcome of the case with a bias, that is, if from the criticisms about the prison sentence, the effects unfavorable consequences produced by mass incarceration, such as institutionalization, labeling, the difficulty of social reintegration of those leaving the penitentiary system, even aspects related to the question of the application of restorative justice, would make it possible, from a theoretical point of view, to consider the merits of the decision rendered by the Supreme Court in the case cited, as being a judgment marked by some distortion or lack of correspondence with the arguments solidly accepted. informed by traditional criminology or even critical criminology.

Keywords: Criminology. Maria da Penha Law. Seal. Benefits.

1. Introdução

O presente trabalho visa realizar uma abordagem teórica criminológica como substrato para dar suporte a algumas reflexões sobre o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), proferido no *Habeas Corpus* (HC) nº 106.212-MS, em 24 de março de 2011.

Citado *Habeas Corpus*, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), contra julgado proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), teve por objeto tentar declarar inconstitucional o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

O dispositivo legal objeto do *Habeas Corpus* em questão encontra-se assim redigido: “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

A Defensoria Pública da União (DPU), para sustentar a tese de que o referido dispositivo normativo seria inconstitucional, argumentou no caso, que em um processo criminal cuja denúncia teve por objeto a imputação de uma conduta de vias de fato contra a mulher, com base na Lei de Contravenções

Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), e em que o autor do fato foi, ao final, condenado à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, substituída por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, deveria incidir a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Ou seja, a Defensoria Pública da União (DPU) defendia que deveria ser assegurado o tratamento jurídico dispensado aos crimes de menor potencial ofensivo àquele caso em que se imputava a prática de uma contravenção penal de vias de fato no contexto de violência doméstica, mantendo, assim, a identidade de tratamento legal dispensado às demais condutas típicas de potencialidade lesiva equivalente. Em suma, para a tese defendida então pela Defensoria Pública da União (DPU), reconhecer a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica seria, em última análise, assegurar um tratamento jurídico isonômico aos autores dessa conduta, se comparássemos como o Direito brasileiro trata outras condutas que possuem penalizações semelhantes (delitos considerados como sendo de menor potencialidade lesiva).

Teceremos algumas considerações de cunho criminológico, em geral, em um primeiro momento, abrangendo desde os aspectos ligados à crítica sobre a pena de prisão, os efeitos desfavoráveis produzidos pelo encarceramento em massa, como a institucionalização, o etiquetamento, a dificuldade de reinserção social do egresso do sistema penitenciário, até os aspectos relativos a questão da aplicação da justiça restaurativa, tudo para, ao final, fazermos uma análise crítica acerca do resultado do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, que considerou constitucional o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), o qual estabeleceu a vedação da aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos casos de violência doméstica.

Nossa intenção é concluir se o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do *Habeas Corpus* nº 106.212-MS, em 24 de março de 2011, mereceria algum reparo ou não, tendo por enfoque a necessária proteção jurídica das mulheres, no contexto do histórico e cultural processo de discriminação e de desigualdade em razão do gênero que lhes acomete, e a resposta necessária e adequada do Estado diante de casos dessa natureza.

Adiantamos, no entanto, que chegamos à conclusão que a referida decisão não merece nenhum reparo, mesmo se considerarmos os aspectos criminológicos que abordaremos no presente trabalho, pois os motivos que levam o autor de violência doméstica a praticar tal conduta diferem substancialmente das motivações que movem autores de outros tipos de violência. Além disso, as vítimas de um e outro tipo de violência também possuem características substancialmente diversas. Logo, concluímos que, mesmo considerando os aspectos criminológicos, a decisão proferida pela Suprema Corte nos parece correta e adequada.

2. Pena de prisão – uma utopia social?

Muito se tem discutido no âmbito da chamada criminologia crítica a respeito da adequabilidade e da conveniência de se manter, tal como está, a aplicação da pena restritiva de liberdade.

As críticas à pena de prisão são variadas. Seus críticos costumam anotar sobre a impossibilidade de se manter, no contexto social contemporâneo e no bojo de sociedades pós-modernas como as que vivemos atualmente no século XXI, a pena restritiva de liberdade como sendo a principal forma de resposta à

prática do crime, em sentido *lato*, em razão dos seus nefastos e variados efeitos, até certo ponto, inegáveis.

Diante dos significativos avanços dos direitos humanos no plano internacional nas últimas décadas, onde se encontra vedada, de modo geral, a empregabilidade de penas cruéis e degradantes, e face à preocupação crescente das sociedades contemporâneas de se procurar manter um equilíbrio social a partir da premência de se ter, em níveis considerados aceitáveis ou suportáveis, a prática da violência, ou, em outras palavras, a partir da necessidade de se manter níveis adequados de segurança pública, é comum nos depararmos com uma espécie de conflito de interesses entre se adotar uma resposta estatal eficiente e eficaz que permita um controle social da prática de ilícitos penais que os mantenha sob controle, propiciando segurança coletiva satisfatória que atenda aos anseios dos integrantes das sociedades, sendo que normalmente, para se chegar a esse objetivo, historicamente, os sistemas jurídicos se socorreram da pena de prisão como a principal resposta para essa questão, e, por outro lado, que essa resposta estatal não ultrapasse limites considerados adequados, necessários e suficientes, de modo a não ocorrerem exageros nas respostas penais a serem dadas pelo Estado em relação ao autor de condutas tidas como criminais.

É certo que no sistema punitivo brasileiro houve avanços nesse sentido. A pena restritiva de liberdade não é a única resposta estatal à prática de ilícitos penais. Temos institutos adotados em razão de política criminal que visam evitar a aplicação e até a execução da pena de prisão, como o acordo de não persecução penal, a substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos, se atendidos certos requisitos legais, assim como a suspensão condicional da execução da pena (*sursis*), a suspensão condicional do processo (o chamado

sursis processual) e a transação penal, estes últimos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, cuja incidência se dá em relação a certos tipos penais, dentre outras medidas que vêm sendo criadas visando o aprimoramento da resposta estatal às condutas delitivas, a partir de sérios estudos criminológicos.

Hodiernamente já se entende que a pena de prisão não deve ser aplicada para todo e qualquer caso de ilícito penal. Compreende-se que o direito penal deve ser realmente uma *ratio regis*, para usarmos um brocardo jurídico, ou seja, o último argumento do Rei, ou, em outras palavras, o último instrumento a ser utilizado pelo Estado para dar uma resposta às condutas criminais. O direito penal deve ser utilizado somente quando as ferramentas jurídicas oferecidas por outros ramos do direito não forem suficientes para exercer o controle social necessário. Além disso, dentro do próprio direito penal, a pena de prisão deve ser a última das últimas ferramentas de que se deve valer o poder estatal para reprimir e prevenir os delitos.

Há diversos argumentos consistentes que fundamentam essa ideia e um dos principais deles, no nosso entender, pode ser sintetizado por um fato da realidade, o efeito dissuasório da pena restritiva de liberdade é bastante limitado se tivermos um olhar empírico.

A realidade social que nos cerca demonstra que pessoas que cometem crimes, de forma não eventual, são mais resistentes aos efeitos dissuasórios da pena de prisão.

Nesse sentido, a pena poderia ser considerada uma utopia social, enquanto solução para o problema da criminalidade?

Talvez a resposta para esse questionamento seja tão complexa que, em verdade, ela não possa ser dada de maneira simplista, de modo afirmativo ou negativo, apenas.

Mas nos parece bastante plausível que a aplicação da pena de prisão necessita sim atender a alguns critérios mínimos que evitem sua utilização indiscriminada ou em larga escala, como se fosse a única possibilidade para a resposta estatal à prática delitiva.

No Brasil, é de conhecimento geral, que a população carcerária alcançou níveis significativos. Outro problema inegável é o estado dos estabelecimentos prisionais brasileiros, que, de modo geral, é bastante precário. Além da superpopulação carcerária, faltam condições materiais mínimas, tanto do ponto de vista estrutural, como do ponto de vista de aspectos básicos, como os relativos a higiene, alimentação e condições sanitárias que possam ser tidos como dignos. Além disso, há carência de políticas públicas relacionadas com educação, formação profissional e reinserção futura no mercado de trabalho que permitam aos presos serem novamente realocados no convívio social, após o cumprimento das suas penas.

Enfim, o problema é complexo e muito sério. Sua solução passa pela realização de ações coordenadas, esforços mútuos, consistentes e sistemáticos de diversos órgãos estatais, dos três Poderes, mas para que isso venha a ocorrer, há necessidade de muito empenho e interesse político. A sociedade também precisa entender que essa questão a afeta diretamente e que a solução para a criminalidade não se resume apenas ao encarceramento. A conjugação de forças nos parece fundamental para que hajam progressos consistentes nessa área.

Fechar os olhos para essa realidade, e querer acreditar que a única resposta possível à prática de delitos seja o aprisionamento, nos parece algo insustentável.

A pena de prisão pode ser uma resposta necessária para certas espécies de crimes ou em relação a certos tipos de autores de delitos, dotados de perfis

mais violentos ou que apresentem práticas criminosas reiteradas, dentre outras situações gravosas, mas não pode ser vista como a principal – e muitas vezes, a única – resposta estatal possível. O encarceramento em massa e em larga escala já demonstrou que não é uma solução aceitável para a sociedade. É preciso pensarmos em alternativas a essa medida, a partir de estudos sérios e técnicos a respeito. Por vezes, o Direito pode lançar mão de outras ferramentas para equacionar um conflito social, inclusive a prática de certos ilícitos penais.

3. Encarceramento em massa e as disfunções da pena de prisão – fenômenos da institucionalização e o afastamento dos valores cultivados pela sociedade livre, do etiquetamento e as dificuldades de reinserção social do egresso do sistema penitenciário brasileiro

3.1. Encarceramento em massa

Segundo informação disponibilizada pelo Instituto Conectas – Direitos Humanos (Conectas – Direitos Humanos, 18 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/?gclid=EAIaIQobChMIInOfzsJqa-QIVBcaRCh1cIQEvEAAYASAAEgLnTvD_BwE>. Acesso em: 27 de jul. de 2022), dados do Infopen, sistema de informações estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça (MJ), referentes a junho de 2019, o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking de países com maior número de pessoas presas no mundo, computando, segundo o referido levantamento à época, 773.151 (setecentos e setenta e três, cento e cinquenta e um) presos, o

que representa um aumento percentual de 8,6% em relação ao mesmo período de 2018.

Segundo o mesmo instituto, o Brasil só fica atrás de Estados Unidos e China, quando o assunto é população carcerária.

Um fator importante em relação a essa dura realidade brasileira, configurada pela prática de altos índices de encarceramento e de maneira desordenada, é que de modo geral as prisões brasileiras não oferecem condições dignas, caracterizando-se por precarização de acesso à saúde, ao trabalho, à educação e inexistência de programas voltados à efetiva reinserção social dos presos na sociedade após o cumprimento das respectivas penas.

Desta forma, o sistema prisional brasileiro, infelizmente, é cenário de sucessivas violações de direitos humanos em razão das condições degradantes que o caracteriza, salvo raras exceções de alguns poucos estabelecimentos prisionais que fogem à regra.

Outro fator que incrementa a grave situação prisional brasileira, segundo indicado pelo mesmo estudo, é o elevado número de pessoas presas sem condenação, os chamados presos provisórios, que na época do levantamento em tela girava em torno de 268.438 (duzentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e trinta e oito) pessoas encarceradas nessa situação, o que correspondia a 34,7% (trinta e quatro, vírgula sete por cento) da população carcerária nacional, estando o Brasil somente atrás da Índia, que ostentava mais de 323.000 (trezentos e vinte e três mil) pessoas recolhidas ao cárcere sem julgamento, isto é, 69,4% (sessenta e nove vírgula quatro por cento) de um total de 466.000 (quatrocentos e sessenta e seis mil) presos, segundo dados públicos disponibilizados pelo *World Prison Brief*, citado pelo instituto Conectas – Direitos Humanos.

Segundo os dados do mesmo Infopen (2019), o número de pessoas recolhidas nos estabelecimentos prisionais excedia em 38,4% (trinta e oito vírgula quatro por cento) do total de vagas disponíveis no sistema penitenciário nacional brasileiro.

Em consulta ao sítio na rede mundial de computadores do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o custo médio do preso por Unidade Federativa, em dezembro de 2020, estava em R\$ 2.477,55 (dois mil, quatrocentos e setenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos), sendo a despesa total dispendida naquele período em R\$ 1.755.414.452,22 (um trilhão, setecentos e cinquenta e cinco milhões, quatrocentos e catorze mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e vinte e dois centavos) ao passo que, no mesmo período do ano de 2021, esse custo ficou em R\$ 2.430,89 (dois mil, quatrocentos e trinta reais e oitenta e nove centavos), referente ao custo médio por preso por Unidade Federativa, e a despesa total dispendida em R\$ 1.737.042.791,20 (um trilhão, setecentos e trinta e sete milhões, quarenta e dois mil, setecentos e noventa e um reais e vinte centavos) [Departamento Penitenciário Nacional, atualizado em 16 fev. de 2022. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZmU4M2I0ZWUtNmE5YS00ZGZkLTkxYTI0MWM2NzgwMTgyZTBjIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>>. Acesso em: 27 de jul. de 2022].

Os dados acima citados mostram que o sistema penitenciário brasileiro possui um custo alto, exigindo grande soma de recursos públicos para sua manutenção. Em um país como o Brasil, que possui grandes desigualdades sociais e cuja maioria da população enfrenta diversas carências básicas, como falta de saúde, educação, emprego, saneamento básico, dentre outras, a utilização de

verbas públicas precisam ser muito bem geridas, de modo a se evitar que sejam mal empregadas, enquanto parcela significativa da população sofre diante de variadas necessidades.

3.2. Institucionalização e afastamento dos valores cultivados pela sociedade livre

Ao dar entrada no sistema penitenciário, o ser humano inicia um processo de socialização em um ambiente com o qual não estava habituado, onde os valores cultivados e os códigos morais se apresentam de forma bastante distinta da forma com que se apresentam na sociedade livre.

Desta forma, o indivíduo recolhido ao cárcere, dá entrada em um mundo estruturado de maneira muito própria e bastante diversa dos padrões de convivência normalmente estabelecidos numa sociedade em que as pessoas não vivem reclusas.

O preso passa a pertencer a uma outra realidade e, até mesmo por necessidade de sobrevivência, precisa começar a aprender como deve se comportar para garantir a manutenção de sua integridade física e, muitas vezes, de sua própria vida.

A massa carcerária configura uma sociedade específica. Nela há grupos diversos, e até mesmo rivais, que convivem em um espaço geograficamente delimitado por paredes, celas, áreas de acesso restrito, perímetros demarcados e vigiados por guardas que exercem forte vigilância, mas também por espaços "cegos", em que os "olhos" vigilantes do Estado não alcançam, e onde vigoram as "leis" impostas pela massa carcerária ou por grupos rivais entre si e que

procuram delimitar seu espaço e seu poder por meio de um código de conduta próprio.

É nessa realidade que o indivíduo recolhido ao cárcere, independentemente do delito que tenha cometido, se vê obrigado a lidar, de uma hora para outra, a partir do momento em que o Estado, por meio do braço da justiça, lhe alcança.

A medida em que se vê inserido nessa nova realidade, o indivíduo que passou ao *status* de preso é obrigado a aprender a sobreviver nesse mundo delimitado fisicamente pelas estruturas do estabelecimento prisional, mas também pelas forças que lá agem e interagem, sejam essas forças institucionais, pertencentes ao Estado, nesse caso ligadas ao serviço de vigilância e custódia, ou pertencentes a organizações criminosas que agem com certo nível de institucionalização, sejam essas forças desinstitucionalizadas, pertencentes a grupos menores, não tão bem estruturados, ou mesmo exercidas pelas diversas pessoas ali reclusas, individualmente consideradas.

Ao passo que o novo recluso se vê diante dessa necessidade de sobrevivência imediata e constante, ele vai também, com o passar do tempo, assimilando pensamentos, comportamentos, valores próprios daquele mundo carcerário.

Conforme esse fenômeno social vai se aprofundando, ocorre, simultaneamente, um distanciamento da forma de pensar, de se comportar e dos valores que normalmente são cultivados pela vida numa sociedade livre.

Assim, as relações sociais do preso vão se fortalecendo no universo carcerário e, ao mesmo tempo, as suas relações sociais com o mundo exterior vão se enfraquecendo. Eis o processo de institucionalização prisional e de distanciamento dos valores cultuados por uma vida livre em sociedade. Ocorre

uma mudança profunda psicológica e emocional, com o passar do tempo, de modo que a pessoa que entrou no sistema penal, se dele sair viva, sairá uma outra pessoa totalmente diferente. Trata-se de um fenômeno comum, bastante estudado pela criminologia, mas pouco discutido com a sociedade de maneira aberta e franca.

Quando o preso cumpre sua pena ou a ele é concedido algum benefício que o autoriza a regressar à liberdade, em maior ou menor grau, ele volta ao convívio social marcado por essas transformações.

Cada pessoa tem uma forma própria de lidar com essa realidade psicoemocional. No entanto, esse é um fator que não pode ser ignorado. Lidar com essa questão passa, antes de mais nada, pela preocupação prévia necessária que o Estado deve ter para eleger as condutas que darão ensejo ao recolhimento ao cárcere ou não.

3.3. Etiquetamento e as dificuldades de reinserção social do egresso do sistema penitenciário brasileiro

O etiquetamento ou a estigmatização é um fenômeno que afeta as pessoas submetidas ao cárcere de modo bastante grave. A experiência do encarceramento, de modo geral, induz nos condenados um estigma invariavelmente muito profundo, capaz de fazer interiorizar uma classificação social extremamente desfavorável e com tendência a se perpetuar pelo resto da vida.

Esse etiquetamento legal e social produz efeitos nefastos.

Passar pelo sistema prisional, do ponto de vista jurídico, enseja a tarja de criminoso, delinquente, podendo ensejar situações jurídicas que, do ponto de

vista penal, podem agravar o estado de pessoas que cometem delitos, como é o caso da reincidência ou quando passam a ostentar maus antecedentes criminais devido a outras passagens pelo sistema.

Além desse etiquetamento jurídico ou legal, existe também o estigma social, surgido em razão do fato de se ingressar no sistema carcerário. Após fazer parte desse sistema, uma pessoa carregará pelo resto da vida, do ponto de vista social, a tarja de ser egresso de um estabelecimento prisional, o que faz com que ela seja sempre vista como suspeita, indigna de confiança, e, portanto, dissociada do restante da sociedade livre, que nunca se submeteu a nenhum tipo de recolhimento dessa natureza. Nessa dimensão, o egresso do sistema carcerário passa a integrar um grupo social muito próprio, singular, o de pessoas que devem ser mantidas à distância, passado a ser submetido a diversos processos de exclusão social. Ocorre que esse afastamento social, imposto em razão do etiquetamento em razão do cárcere, gera inúmeros malefícios que ultrapassam os efeitos que a pena deveria produzir. Esses efeitos tendem a se perpetuar, transformando-se em um castigo sem limites, exercendo, assim, uma força excludente de maneira sistemática e, muitas vezes, fazendo com que a pessoa submetida a essa situação reaja cada vez mais contra a ordem social, retroalimentando, desta maneira, em muitos casos, o fenômeno criminal, até mesmo por falta de opções, muitas vezes.

Nesse aspecto, o etiquetamento, tanto jurídico, quanto social, impingido ao preso ou ao egresso do sistema carcerário, impõem sérias dificuldades de reinserção social. Os egressos do sistema penitenciário, invariavelmente, enfrentam dificuldades de conseguirem acesso a empregos formais no geral, e, em especial, a empregos com remuneração digna para sua manutenção e de eventuais familiares que sejam dependentes. Isso se dá porque normalmente o

egresso segue carregando, como já dito, o estereótipo do “delinquente”, do “criminoso”, daquele que deve se manter a distância, mesmo após o cumprimento da sua pena.

Sem acesso ao trabalho, a reinserção social do egresso fica praticamente inviabilizada, pois não consegue sequer satisfazer as suas necessidades mais prementes e imediatas, ligadas à própria sobrevivência, e até mesmo de familiares próximos que dele venham a apresentar alguma dependência econômica.

A partir da dificuldade de acesso ao trabalho, os impedimentos ou obstáculos em relação a questões como saúde, educação, lazer e alimentação vão se tornando cada vez maiores.

Sendo assim, diante de sérias dificuldades dessa natureza, o egresso pode ser facilmente cooptado para a prática de novo delito por outras pessoas mal intencionadas que com ele mantenham ligações, ou a partir de iniciativa própria, diante da situação degradante que possa se apresentar.

É interessante anotar que o fenômeno do etiquetamento, no sistema penal, se dá em relação ao autor do delito, mas também em relação à vítima. O primeiro será sempre o “delinquente”, enquanto a segunda sempre será vista a partir da situação da pessoa que sofreu com a conduta perpetrada pelo autor do delito, e somente terá valor para o sistema como meio de prova. O processo criminal não se ocupa com a vítima além desse ponto de interesse, o de demonstrar a verdade sobre os fatos imputados a outrem.

O sistema penal não se dedica a ouvir o que a vítima tem a dizer sobre o fato contra ela praticado, seus anseios ou expectativas em relação à solução que será dada pelo Estado como detentor do poder punitivo e o único a exercer o controle social.

Essa é uma crítica significativa em relação ao etiquetamento que o sistema penal induz. O sistema penal se apropria de um caso, faz incidir sobre ele um tratamento jurídico imposto pela lei, e não permite que ele seja tratado de forma diversa da que foi indicada desde o início. A evolução das experiências sociais, ainda que do ponto de vista prático possam ocorrer, é ignorada pelo sistema penal, de modo geral, e ele impõe ao final, uma só solução, mesmo que a vítima de uma dada prática delitiva entenda que o resultado final poderia ser diferente.

Talvez essa questão da evolução das experiências sociais com o passar do tempo não possa ser levada em consideração em todos os casos de prática de crimes, mas certamente o sistema penal poderia ampliar sua incidência para além daqueles casos já regulados como sendo, por exemplo, os casos de ação penal pública condicionada a representação. Pensamos que ainda haja campo para a ampliação das suas hipóteses de incidência, visando incrementar as chances de se alcançar níveis mais elevados de pacificação social.

4. Justiça restaurativa – um remédio possível?

Outra questão interessante de se abordar, em termos criminológicos, é a chamada justiça restaurativa.

Diante da crise do paradigma punitivo adotado no âmbito do direito penal, há quem defenda que a justiça restaurativa se apresenta como um novo modelo de justiça penal, que tem por origem o abolicionismo e a vitimologia, como uma proposta de se adotar um novo olhar sobre como dirimir os conflitos sociais oriundos da prática delitiva.

Trata-se, desta forma, a justiça restaurativa, de uma possível alternativa à resposta penal do Estado, mas a partir de uma coexistência com o sistema punitivo atualmente preponderante.

No sistema restaurativo procura-se privilegiar as dimensões sociais e pessoais da prática dos delitos, com ênfase no papel a ser exercido pela vítima, não mais como meramente uma fonte de prova, mas assumindo uma posição mais evidente e de realce no pós-cometimento do delito. Desta forma, já identificamos essa primeira diferença entre o sistema restaurativo e o sistema punitivo, na medida que a importância da vítima não se resume a se caracterizar apenas como um meio de prova, passando a ter relevância para o próprio deslinde das consequências sociais decorrentes da prática delitiva e na busca pela real pacificação social.

Além disso, a ideia da justiça restaurativa, a par de prestigiar a vítima no pós-prática delitiva, não enseja necessariamente a supressão de direitos do autor do crime. Ao contrário, a proposta que existe é no sentido de estabelecer um equilíbrio de direitos entre o ofendido e o infrator, buscando resguardar os interesses do primeiro, sem que haja o desrespeito aos direitos fundamentais do segundo.

O direito penal, além de proteger os bens jurídicos tutelados pela lei, tem como objetivo restaurar e manter a paz social. Com a justiça restaurativa objetiva-se resolver o impasse social que nasce com a prática do delito, regenerando, assim, as relações interpessoais, a ponto de torná-las irradiadoras da paz pública.

Com a justiça restaurativa busca-se resgatar a paz e ao mesmo tempo produzir a partir dela uma eficácia preventiva, retributiva e pedagógica da sanção penal, que pode, não necessariamente, significar o aprisionamento do autor do delito.

Isso ocorre no sistema restaurativo porque ele objetiva a reparação integral do dano causado pelo infrator, que este sofra de forma consciente as consequências pelos seus atos e, com isso, assimile que há necessidade de se manter longe da prática delitiva, e, por fim, que a única forma de convivência social aceitável se dá pelo meio harmônico, respeitando para se ver respeitado na coletividade social.

A justiça restaurativa é operada a partir de um conjunto de práticas que se destinam a promover iniciativas de solidariedade, de diálogo e de uma via para a reconciliação entre os principais atores envolvidos no contexto do delito, entre o infrator e a vítima.

Mas esse conjunto de práticas somente pode ser adotado se ambos, autor do delito e vítima, estiverem dispostos a isso. A autonomia da vontade desses atores deve obrigatoriamente ser respeitada para que a aplicação da justiça restaurativa ocorra. E nisso há uma lógica facilmente identificável. Para que haja reconciliação social, pacificação entre autor do delito e vítima, e integral reparação dos danos causados, é preciso que haja convergência de vontades entre as pessoas diretamente envolvidas.

Desse modo é importante consignar que a justiça restaurativa pode ser utilizada como uma resposta penal complementar ao sistema punitivo, já que sua aplicação não se dará em todo e qualquer caso.

Os defensores da justiça restaurativa costumam ressaltar esse pré-requisito fundamental para sua aplicação: concordância entre infrator e vítima de se submeterem a esse conjunto de práticas visando a pacificação social e a reparação integral do dano causado.

A concepção apresentada com o modelo restaurativo tem por fundamento que hajam respostas mais humanas ao crime do que a ação

autoritária do direito penal na sua concepção punitiva, ressaltando a busca pela reparação do mal sofrido pela vítima com atenuação das consequências do delito, ao passo que também se objetiva a reintegração social do infrator, a partir de sua autorresponsabilização e tornando possível sua inclusão na comunidade próxima aos atores envolvidos no conflito social decorrente da prática delitiva.

Os defensores do sistema restaurativo combatem a ideia de que a prisão seja a principal resposta penal do Estado, sem que hajam outras alternativas para a solução do conflito, e sem que sejam consideradas as vicissitudes inerentes à condição humana.

Por outro lado, o sistema restaurativo não é imune de críticas. O próprio conceito de justiça restaurativa é aberto, na medida em que a abrangência das práticas restaurativas que podem ser utilizadas é bastante larga. Isso ocorre porque a prática restaurativa tem por finalidade permitir que haja uma **construção da melhor solução restaurativa para cada caso concreto**, o que realmente, a par de não ser possível estabelecer um rol taxativo de práticas na lei, poderia em verdade esbarrar na questão da legalidade ou na falta dela, já que delimitar em um texto normativo as práticas a serem consideradas adequadas contraria a essência do pensamento restaurativo. Afinal, o que pode produzir efeito restaurativo em um caso, envolvendo o infrator "A" e a vítima "B", pode não necessariamente gerar a mesma consequência no caso envolvendo o infrator "C" e a vítima "D". Em termos coloquiais, haveria ofensa à essência do sistema restaurativo o Estado impor uma "receita de bolo" a respeito das práticas que seriam aceitas e, por outro lado, das práticas que não seriam permitidas nesse modelo.

Esse nos parece um obstáculo significativo à efetiva implantação do sistema restaurativo, já que para que haja um mínimo de garantia às partes

envolvidas seria necessária alguma regulamentação do sistema restaurativo pelo sistema legal. No entanto, também entendemos que a existência dessa dificuldade inicial não pode inviabilizar definitivamente a utilização do modelo restaurativo, pois consideramos como sendo possível haver, ao menos, uma regulamentação mínima à respeito das práticas consideradas aceitáveis, ainda que em termos exemplificativo, mas que demonstre a natureza do que seriam as práticas aceitáveis nesse modelo de resposta penal alternativo. No nosso entender, esse cuidado, de se estabelecer legalmente ao menos um rol exemplificativo que denote a natureza das práticas consideradas como aceitáveis no sistema restaurativo, atenderia a exigência mínima de legalidade dos procedimentos para sua aplicação no âmbito do direito penal e, ao mesmo tempo, viabilizaria sua utilização com maior segurança jurídica, já que a submissão do caso ao modelo restaurativo dependeria de alguns requisitos básicos, como por exemplo, apenas a título argumentativo, o autor do delito não ser envolvido com organizações criminosas, o delito não se encontrar em um rol de crimes graves cuja aplicação da justiça restaurativa não venha a se recomendar, e também dentre eles, a necessidade de haver a concordância recíproca do infrator e da vítima ao seu emprego no caso concreto.

Cabe ressaltar que na gênese do modelo restaurativo está a concepção de que o crime é um produto humano concebido artificialmente, não havendo conduta que seja criminosa por natureza. O legislador elege, com base em dados considerados por ele socialmente relevantes, quais condutas humanas possíveis de serem praticadas caracterizar-se-ão como crimes. Nesse sentido, como não há uma natureza ontológica do que venha a ser delito, para os defensores da justiça restaurativa, é possível que as consequências das condutas tidas como criminosas sejam tratadas melhor, de maneira a atender uma solução mais adequada, sob a

perspectiva da vítima e também do infrator, com a possibilidade de participação, inclusive, da própria comunidade, de forma mais direta, privilegiando-se, assim, um maior envolvimento dos interessados mais imediatos na solução do caso e, por consequência, na pacificação social.

A concepção restaurativa apresenta-se como um novo modelo de resposta penal, procurando-se afastar dos elementos repressivos, seletivos e estigmatizantes do sistema criminal meramente punitivo.

Trata-se de uma proposta que pode ser empregada, com razoável expectativa de sucesso, em alguns casos da prática delitiva, e que não merece ser descartada totalmente.

5. Crítica criminológica acerca do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do *Habeas Corpus* nº 106.212-MS e o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que vedou a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos casos de violência doméstica

Agora passaremos a nos dedicar a abordagem que se caracteriza como o foco do presente trabalho. Tentaremos apresentar uma crítica criminológica acerca do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do *Habeas Corpus* nº 106.212-MS, e o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que vedou a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos casos de violência doméstica.

Seria o reconhecimento da constitucionalidade do citado artigo 41 da Lei Maria da Penha, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), um julgamento com viés,

lembrando que a palavra viés aqui é utilizada no seu real sentido, ou seja, como sendo uma distorção ou tortuosidade da maneira de se observar, de agir ou, no nosso caso específico, de julgar.

Em outras palavras, considerando todos os aspectos criminológicos já mencionados, desde os aspectos ligados à crítica sobre a pena de prisão, os efeitos desfavoráveis produzidos pelo encarceramento em massa, como a institucionalização, o etiquetamento, a dificuldade de reinserção social do egresso do sistema penitenciário, até os aspectos relativos a questão da aplicação da justiça restaurativa, seria possível, do ponto de vista teórico, considerar o mérito da decisão proferida pela Suprema Corte no caso citado, como sendo um julgamento marcado por alguma distorção ou falta de correspondência com os argumentos solidamente construídos pela criminologia tradicional ou mesmo pela criminologia crítica?

De antemão alertamos que não temos a intenção de apresentar uma crítica sobre a forma de julgar adotada pela Suprema Corte no caso em tela, em si, mas sim objetivamos utilizar aquele caso concreto como um paradigma interpretativo da adequabilidade ou não da solução alcançada, diante das teorias criminológicas estabelecidas no campo acadêmico no nosso país, largamente aplicadas, inclusive, no campo judicial, em especial pós-Constituição de 1988, e já, de certa maneira, delineadas, ainda que sucintamente, no presente trabalho. Nossa intenção, assim, é estabelecermos uma discussão eminentemente acadêmica, como forma de contribuir para a construção de um pensamento crítico, e, quiçá, para fomentar maiores reflexões a respeito.

No caso em tela, em síntese, o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou entendimento no sentido de que deve ser considerada constitucional a vedação consignada no artigo 41 da Lei Maria da Penha, que, nos casos de violência

doméstica, tornou impossível a utilização dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), com destaque para o caso criminal, que nos interessa presentemente, dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A Suprema Corte entendeu que, além de a citada medida legislativa se caracterizar como uma opção político-normativa dos representantes do povo - os Deputados Federais - e dos representantes dos Estados - os Senadores da República -, no legítimo exercício do poder de legislar, também se objetivou dar concretude ao preceito constitucional insculpido no artigo 226, §8º, da Constituição Federal, que determina que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, *criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*.

Do ponto de vista eminentemente jurídico, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos parece bem coerente e fundamentada, já que não vemos como possível negar que a Lei Maria da Penha, ao negar aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica, caracteriza-se como uma opção político-normativa do legislador, e, ao mesmo tempo, objetiva dar concretude à obrigação constitucional dirigida ao Estado de criar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares, o que, indubitavelmente, alcança os casos de violência doméstica. Nesse passo, nos parece que o Supremo Tribunal Federal (STF) andou bem.

Contudo, o que buscamos trazer à baila não é somente esse aspecto jurídico, eminentemente, mas também objetivamos discutir a questão sob o enfoque criminológico, como já dito.

Nesse sentido, seria ou não uma incoerência, do ponto de vista criminológico, o Supremo Tribunal Federal (STF) negar a aplicação de institutos

como a transação penal ou a suspensão condicional do processo, regulados pela Lei nº 9.099/95, para casos que, levando-se em consideração apenas o *quantum* fixado pelo preceito secundário do tipo penal, a pena, se mantivessem nos patamares exigidos para sua aplicação?

No caso concreto o infrator foi acusado, processado e condenado pela contravenção penal de vias de fato (Decreto-Lei nº 3.688/41), a uma pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, substituída por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Qual seria o pressuposto que autorizaria um tratamento diferenciado para uma contravenção penal de vias de fato qualquer em contraposição a uma praticada no contexto de violência doméstica? O que autorizaria esse tratamento mais rígido, adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) neste último caso, como ocorreu no julgamento em questão?

Vedar a aplicação da transação penal ou da suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099/95, em um caso de contravenção penal de vias de fato, seria não assegurar uma garantia legalmente prevista? Seria contribuir para a disseminação dos efeitos maléficos produzidos pelo encarceramento, conforme já mencionados neste trabalho? O que seria mais coerente ou adequado do ponto de vista criminológico?

Parece que há argumentos para defender ambos os posicionamentos neste caso, pois, se por um lado é indubitável que a execução da pena restritiva de liberdade poderia se configurar como algo negativo, do ponto de vista criminológico, em razão da não aplicação de institutos como os da transação penal ou da suspensão condicional do processo a casos concretos, também nos parece bastante razoável considerar que a não aplicação desse institutos em casos de violência doméstica possa se justificar.

Não podemos esquecer o contexto do advento da Lei Maria da Penha no Brasil. Ela só veio a existir após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) emitir o Relatório nº 54/01, de 4 de abril de 2001, sobre o Caso nº 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes *versus* Brasil.

Em 20 de agosto de 1998 a Comissão recebeu uma denúncia apresentada por Maria da Penha, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), alegando a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio, na cidade de Fortaleza, Ceará, contra sua então esposa, a Sra Maria da Penha Maia Fernandes, durante anos de convivência matrimonial, culminando numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Em decorrência da violência de que foi vítima, Maria da Penha ficou paraplégica e tornou-se portadora de outras enfermidades. O processo criminal contra o autor da violência em questão se arrastou por longos anos no Poder Judiciário brasileiro, sem que fosse concluído, e o responsável, punido. Quando a denúncia foi apresentada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso já se arrastava por mais de 15 anos na justiça brasileira sem um desfecho.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por intermédio do citado Relatório, reconheceu que o Estado brasileiro foi responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em razão da dilação injustificada e da tramitação negligente do caso de violência doméstica de que foi vítima Maria da Penha. Além disso, reconheceu que o Estado brasileiro vinha adotando medidas insuficientes para reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência doméstica contra a mulher.

Além disso, a Comissão reconheceu que o Estado brasileiro violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) em prejuízo de Maria da Penha, bem como em conexão com os artigos 8º e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1º da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.

Em razão dessas conclusões, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), emitiu as seguintes recomendações ao Estado brasileiro:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
 - a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
 - b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo.
 - c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera.

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana. (CIDH, Relatório nº 54/01, p. 13).

A Lei Maria da Penha somente surgiu em 2006, após muitos anos da responsabilização do Brasil por intermédio do Relatório nº 54/01, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Essa demora na adoção de uma legislação mais efetiva no combate a violência doméstica sinaliza que nosso país apresenta *resistência a adotar medidas legais eficazes contra alguns tipos de violações de direitos humanos*. A falta de vontade política existente no Brasil em reconhecer falhas dessa natureza, somente adotando medidas a partir de condenações no plano internacional, não é um bom indicador civilizatório, demonstrando, assim, que há muito o que fazer para que tenhamos um país menos desigual, menos tolerante com violações de direitos humanos, e com mais justiça social.

Desta forma, se olharmos apenas a questão criminológica envolvendo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do *Habeas Corpus* nº 106.212-MS, que reconheceu a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que vedou a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos casos de violência doméstica, poder-se-ia parecer que a escolha feita pela nossa Suprema Corte estaria na contramão de direção dos estudos criminológicos que contraindicam

o endurecimento da punição criminal para condutas apenadas com penas não tão altas.

Contudo, considerando o contexto da realidade brasileira em termos de violência doméstica, e as questões culturais que estão por trás dessa grave situação, sobretudo em razão das influências dos valores machistas e da concepção patriarcal ainda existente de maneira profunda no cotidiano brasileiro, cremos que nesse caso específico o Estado brasileiro, ao estabelecer no texto legal previsão que veda a aplicação de alguns benefícios normalmente concedidos em outras situações de práticas delitivas que são apenadas de forma similar, agiu corretamente e coerentemente, na medida que a violência doméstica não pode receber o mesmo tratamento que o sistema penal dispensa a outras espécies de violência que não possuem as mesmas características intrínsecas e motivacionais que a primeira.

A violência doméstica se difere qualitativamente em relação a outros tipos de violência. Como as causas são bastante diversas, o tratamento legal dispensado deve ser igualmente diferente.

A resposta penal para os casos de violência doméstica se justifica por vários motivos, dentre os quais ressaltamos a histórica submissão da mulher aos ditames machistas cultivados pela sociedade, assim como em razão dos valores patriarcais existentes e a vulnerabilidade que normalmente a mulher está sujeita em relação ao homem, dentre outros motivos.

Desta forma, ainda que se pense em termos criminológicos, entendemos que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do *Habeas Corpus* nº 106.212-MS, que reconheceu a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que vedou a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos casos de

violência doméstica, andou muito bem, pois o autor desse tipo de violência não pode receber tratamento igual ao autor de violência de tipo diverso, já que o que os motivos que fazem com que ele pratique conduta dessa natureza não encontra correspondência com as motivações que podem levar outros tipos de autores de violência a praticá-la. Além disso, a vítima da violência doméstica também possui características próprias e muito singulares, diferentes da vítima de outros tipos de violência. Essas diferenciações entre uma situação e outra, justifica, ao nosso ver, o tratamento diverso dispensado pela lei aos casos de violência doméstica.

Creemos que no caso específico da violência doméstica, e considerando o estágio atual de conscientização da sociedade brasileira, ainda se justifica um endurecimento penal em desfavor de autores de delitos dessa natureza, considerando que os valores culturais ainda profundamente enraizados que servem de motor para essa espécie de crime não podem ter mais espaço nas relações sociais. Isso obviamente não quer dizer que não devem existir iniciativas educacionais que sirvam para informar e modificar os valores patriarcais ainda existentes entre nós. Ao contrário, ações educativas sempre serão necessárias. No entanto, o cenário brasileiro em relação a prática de violência doméstica parece justificar respostas penais mais rígidas, como as previstas na Lei Maria da Penha, até que os valores culturais existentes entre nós se modifiquem e os níveis de violência doméstica apresentem índices menos significativos.

Considerações finais

Diante do exposto, vimos que há importantes aspectos criminológicos que poderiam nos levar a concluir pela inadequação da conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal (STF), na decisão proferida nos autos do *Habeas*

Corpus nº 106.212-MS, que reconheceu a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que vedou a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos casos de violência doméstica.

É de se reconhecer que as críticas acerca da pena de prisão e dos efeitos desfavoráveis produzidos pelo encarceramento em massa, como a institucionalização, o etiquetamento, a dificuldade de reinserção social do egresso do sistema penitenciário, são absolutamente fundadas e procedentes.

Todos esses fenômenos ocorrem e geram efeitos profundamente negativos, em geral, para a sociedade.

Essa realidade indica a necessidade de se manter a preocupação de se buscar uma melhor resolução para a questão da resposta penal a ser dada pelo Estado, a partir da escolha racional das ferramentas consideradas mais adequadas para cada tipo de conduta criminal.

Nesse sentido, o exercício do poder legiferante deve obedecer certos critérios básicos como a necessidade e a adequabilidade ao eleger medidas penais como forma de solução para os conflitos sociais erigidos à categoria criminal, sem se esquecer dos graves efeitos que a pena de prisão acarreta àqueles que ingressam no sistema penitenciário, mas também a toda sociedade, já que os citados efeitos como o etiquetamento, a institucionalização e as dificuldades enfrentadas pelo egresso para ser reinserido no tecido social após o cumprimento de sua pena são fenômenos que afetam a todos.

Observando esses cuidados básicos, o Estado poderá exercer o poder de selecionar condutas a serem criminalizadas, atribuindo-lhes as consequências jurídicas mais adequadas, diminuindo os riscos de se dar concretude a efeitos deletérios.

Contudo, diante de práticas sociais existentes na sociedade que causem danos a indivíduos ou a toda coletividade, e preenchidos os critérios da necessidade e da adequabilidade da medida elegida pelo Estado como suficiente à resposta penal, temos que será legítimo o estabelecimento de normas penais mais rígidas para alguns fenômenos sociais.

No caso da Lei Maria da Penha, sempre que no caso concreto, houver espaço para o Estado-juiz, dentro dos limites legais estabelecidos, aplicar medidas menos incisivas, é lícito fazê-lo, desde que a medida escolhida não coloque em risco a integridade física e moral da vítima de violência doméstica.

Nesse sentido, não vemos como algo absolutamente inviável a aplicação de medidas como as existentes no contexto da justiça restaurativa, por exemplo, a casos de violência doméstica, desde que o caso concreto ofereça condições objetivas nesse sentido.

No entanto, sabemos que nem todos os casos de violência doméstica isso será possível, pois pode ocorrer, por exemplo, que os envolvidos não concordem eventualmente com a adoção da prática restaurativa, ou ainda, o juiz pode se deparar com casos graves em que a vida da mulher corra risco. Nesses casos, obviamente que a adoção das práticas atinentes à justiça restaurativa não seria recomendável.

Por fim, considerando as circunstâncias que normalmente se apresentam nos casos de violência doméstica, motivados por pensamentos machistas ainda muito enraizados culturalmente na sociedade brasileira, a qual sofre ainda forte influência do patriarcalismo, e a histórica situação de vulnerabilidade da mulher, entendemos que ainda se pensarmos nas questões criminológicas abordadas no presente trabalho, uma resposta estatal mais dura para os casos de violência doméstica em nosso país pode se justificar.

Nesse sentido, ainda que considerados os aspectos criminológicos mencionados no presente trabalho acerca da pena de prisão e seus efeitos, entendemos que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do *Habeas Corpus* nº 106.212-MS, que reconheceu a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que vedou a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos casos de violência doméstica, não se encontra enviesada, ou seja, não deve ser considerada como uma decisão incoerente ou inadequada em termos criminológicos em relação ao tratamento dispensado aos casos de violência doméstica, traduzindo-se, ao contrário, como uma conclusão coerente e absolutamente pertinente diante do histórico de vulnerabilização da mulher em razão do gênero e da necessidade de sua efetiva proteção, sobretudo tendo em vista os altos índices de violência doméstica que ainda se apresentam em nosso país, redundando em perdas de inúmeras vidas de mulheres assim diariamente vitimizadas.

Referências

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Habeas Corpus* nº 106.212-MS. 2011.

Conectas – Direitos Humanos, 18 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/?gclid=EAIaIQobChMIInOfzsJqa-QIVBcaRCh1cIQEvEAAYASAAEgLnTvD_BwE>. Acesso em: 27 de jul. de 2022.

Departamento Penitenciário Nacional, atualizado em 16 fev. de 2022. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZmU4M2I0ZWUtNmE5YS00ZGZkLTkxYTItMWM2NzgwMTgyZTBjIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmWY>>

yLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>. Acesso em: 27 de jul. de 2022.

216

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS-CIDH. *Relatório nº 54/01*. Caso nº 12.051 - Maria da Penha Maia Fernandes *versus* Brasil.

LERNER, Gerda – *A Criação do Patriarcado – História da Opressão das Mulheres pelos Homens*. São Paulo: Cultrix, 2019.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani – *Gênero, Patriarcado e Violência*. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento – A gramática moral dos conflitos sociais* – Tradução: Luiz Repa - São Paulo: Editora 34, 2003.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade – Uma reformulação* – organizado por Erin Kelly – Tradução: Claudia Berliner – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed Tradução: Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2015.

EDITORES-CHEFES

Profa. Dra. Any Ávila Assunção

Prof. Dr. Miguel Ivân Mendonça Carneiro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alysson Leandro Barbate Mascaro
Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Alexandre de Souza Agra Belmonte
Centro Universitário IESB/Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Prof. Dr. Antônio Escrivão Filho
Universidade de Brasília (UnB)

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Centro Universitário (IESB)

Prof. Dr. Augusto César Leite de Carvalho
Centro Universitário IESB/Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Prof. Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos
Centro Universitário IESB

Prof. Dr. Diogo Palau Flores dos Santos
Centro Universitário IESB/Escola da Advocacia Geral da União (AGU)

Prof. Dr. Douglas Alencar Rodrigues
Centro Universitário IESB/Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Prof. Dr. Márcio Evangelista Ferreira da Silva
Centro Universitário IESB/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)

Profa. Dr. Neide Terezinha Malard
Centro Universitário IESB

Prof. Dr. Paulo José Leite de Farias
Centro Universitário IESB/Escola Superior do Ministério Público da União

Prof. Dr. Ulisses Borges de Resende
Centro Universitário IESB

CONSELHO CONSULTIVO NACIONAL

Profa. Dra. Ada Ávila Assunção
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Prof. Dr. Alcian Pereira de Souza
Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Prof. Dr. Alex Sandro Calheiros de Moura
Universidade de Brasília (UnB)

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Prof. Dr. Rodrigo Duarte Fernando dos Passos
Universidade Estadual Paulista (UNESP/Marília-SP)

Prof. Dr. Siddharta Legale
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Prof. Dr. Sílvio Rosa Filho
Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP)

Prof. Dr. Tiago Resende Botelho
Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD)

Profa. Dra. Yara Maria Pereira Gurgel
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

CONSELHO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Fabio Petrucci
Università degli Studi di Roma La Sapienza

Federico Losurdo
L'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Giorgio Sandulli
Università degli Studi di Roma La Sapienza

Guilherme Dray
Universidade Nacional de Lisboa

Joaquín Perez Rey
Universidad de Castilla la Mancha

Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania
Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

Programa de Pós-Graduação - PPG
Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios

Curso de Direito - Campus Norte Giovanina Rímoli
SGAN 609, Conjunto D, L2 Norte, Asa Norte
CEP 70830-404 Distrito Federal / Brasília

E-mail: rev.ppgdiesb@gmail.com / revistadireito@iesb.br

ISSN: 2448-2358 / QUALIS - B3

A **Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania** é licenciada sob uma Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International Public License (CC BY-NC-ND 4.0)

A **Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania** está presente e preservada nos seguintes indexadores/diretórios:

[CAPES Qualis](#) - Periódicos - Plataforma Sucupira

[CrossRef](#) - Registrada como Publishers International Linking Association, Inc. (PILA), Nova Iorque (USA), torna os objetos de pesquisa fáceis de encontrar, citar, vincular, avaliar e reutilizar. Agência de emissão do DOI.

[Diadorim](#) - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras

[Google Scholar](#) - Google Acadêmico

[Latindex](#) - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

[LivRe](#) - Revistas de livre acesso

