

TERCEIRO EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: REFLEXÕES ACERCA DA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA

Fernanda Guareschi¹

Fernando Gaburri²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir e definir a responsabilidade de terceiros próximos e suas atitudes omissas em relação às vítimas de violência doméstica e familiar, bem como refletir acerca da necessidade de tipificação dessa conduta omissa, cuja persistente aceitação social contribui para a perpetuação de abusos. Ao longo do texto será proposta a discussão de que a violência doméstica e familiar só é assim chamada por questões culturais ultrapassadas e que prejudicam a sociedade, pois é de fato um problema social e deve ser tratado como tal por todos, o que justifica a proposta de inclusão de um novo tipo penal no ordenamento jurídico. O artigo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e obteve como principal resultado o entendimento quanto à necessidade da criação de um novo tipo penal que auxilie na erradicação da violência doméstica e familiar.

Palavras-chave: Omissão de socorro. Relações domésticas. Responsabilidade penal. Problema social.

ABSTRACT

This paper aims to discuss and define the responsibility of close third parties and their lack of attitudes towards victims of domestic abuse, as well as debate about the need for criminalize these acts of omission, which persistent socially acceptance contributes to the abuse perpetuation. Throughout the paper a discussion will be held on the fact that domestic violence is only so called due to outdated cultural matters that can only harm society, for it is in fact a social problem and as so should be treated for

¹ Bacharel em Direito. UNI-RN. fernanda.guareschi@yahoo.com.br

² Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia. gaburri@usp.br

everyone, what justifies the proposition of a new penal type inclusion on the legal system. This paper was built with bibliographic research and reached as its main results the understanding of the need to create a new penal type that helps with the eradication of domestic abuse.

Keywords: Omission of help. Domestic relations. Criminal responsibility. Social problem.

1 INTRODUÇÃO

Da observação do processo de evolução das civilizações conclui-se que a sociedade é mutável e sua cultura é dinâmica. Trata-se de mudanças inevitáveis que decorrem de processos orgânicos inerentes à condição de seres humanos. Por isso nunca deixarão de existir. E é sobre essa mutação que se trata o presente trabalho. Uma mudança um tanto difícil e demorada, porque se trata de mudança de hábitos, costumes e consciência social, que visa aumentar a proteção e a garantia à segurança e individualidade de cada pessoa, mas que afeta a sociedade como um todo.

O principal objetivo deste trabalho, que foi cuidadosamente construído através de pesquisas bibliográficas, explorando legislação, doutrina, estudiosos e pesquisas, é discutir e definir a responsabilidade penal de terceiros próximos e suas atitudes omissas em relação às vítimas de violência doméstica e familiar; analisar a importância de se trazer responsabilidades individuais para questões sociais; problematizar o fato de que muitas vezes, em casos de violência doméstica e familiar, a ajuda de alguém que está próximo, porém não envolvido, pode contribuir para extinguir ou, ao menos, diminuir a ocorrência de tais crimes.

Deve-se cultivar na sociedade a ideia de que a violência doméstica e familiar é um problema social que reclama a presente sugestão de mudança na legislação, tipificando a conduta que defina omissão de terceiro próximo diante da prática de violência doméstica, assim definida no art. 5º da Lei Maria da Penha.

2 A RELAÇÃO DA CRIAÇÃO DO TIPO PENAL DE OMISSÃO DE TERCEIRO PRÓXIMO COM OS OBJETIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha – LMP surgiu em um contexto de denúncia frente ao crescente clamor social, porquanto não foi resultado de uma luta contra uma violência que crescia, mas do aumento da indignação social juntamente com a liberdade e espaço que já permitiam tais exigências da sociedade.

A Lei 11.340/2006 traz consigo o nome de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher vítima de dupla tentativa de homicídio por seu então marido, causando-lhe lesões que resultaram em paralisia permanente dos membros inferiores, tendo a Justiça brasileira demorado mais de 19 anos para julgar e condenar o agressor.

Em decorrência da não prestação jurisdicional, ou de sua prestação deficiente, a Organização dos Estados Americanos – OEA, por sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos, condenou o Brasil por não ter organismos suficientes para ajudar Maria da Penha e outras mulheres em situação como a dela e exigiu que o Brasil desse o devido andamento com o processo, indenizasse a vítima e criasse políticas públicas para ajudar a evitar violência doméstica contra a mulher.

A partir daí, estabeleceram-se vários diálogos e projetos traçados entre o Congresso e movimentos feministas da época, na busca de soluções que colocassem fim à tamanha violência.

A LMP ajuda a refutar a ideia de que a mulher pode ser posse e/ou propriedade de qualquer pessoa que reclame esse poder, seja pai, marido, irmão, qualquer um que esteja em seu convívio familiar e se ache detentor de seu corpo e sua vida.

Esse tipo de violência só passou a ser chamado de violência contra a mulher muito recentemente. Antes era vista como castigo por merecimento de má conduta familiar, a ser exercido por aquele que se julgava ter poderes sobre ela.

Não obstante passada mais de uma década de sua promulgação, ainda estão enraizados na sociedade muitos conceitos deturpados que envolvem atos de violência doméstica, que tendem a culpar a vítima em vez de incriminar apenas o agente agressor.

Baseada na ideia de vitimização terciária, a sociedade ainda conserva em sua cultura o hábito de apontar atitudes da vítima que justificam ou que poderiam evitar a violência, como se autor e vítima compusessem uma dupla criminosa.

Analisando a lei penal material, percebe-se que a única menção ao comportamento da vítima é feita no art. 59, como circunstância judicial para a dosimetria da pena.

No item 50 da Exposição de Motivos do Código Penal – CP há menção ao comportamento da vítima como fator provocador ou estimulador da conduta do autor do fato, a exemplo da ausência de recato da vítima de crime contra a dignidade sexual.

A vitimização primária decorre dos efeitos do crime na pessoa da vítima e das que lhes são próximas. De outro modo, a vitimização secundária ou processual decorre da necessidade de a vítima reviver o fato criminoso ao retratá-lo para as autoridades competentes, como o representante do Ministério Público e a autoridade policial e judicial. Por sua vez, segundo Viana (2018, p. 167), a vitimização terciária refere-se à penalização sofrida pela vítima do crime em hipóteses em que é ridicularizada pela sociedade, ao passo que o criminoso é exaltado.

Em fevereiro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH publicou em seu site uma nota na qual “expressa sua profunda preocupação frente à alarmante prevalência de assassinatos de mulheres em razão de estereótipo de gênero no Brasil”, que já chegava a 126 casos de feminicídio em 35 dias.

Evitar esse tipo de violência envolve a sociedade num problema que não é particular, mas um problema social, com o qual todos devem se preocupar em erradicar: desconstruir o velho senso comum de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”.

Essa discussão quer corrigir tal errôneo conceito e demonstrar que é de interesse de toda sociedade reprimir a cultura violenta e destruidora que se instala em seu ínterim; que mulheres estão sendo violentadas e mortas, em sua maioria, no local onde deveriam estar protegidas: em suas casas.

Diante deste cenário, pessoas próximas, que poderiam intervir para evitarem atos de violência, muitas vezes optam por não ajudar ou denunciar, contribuindo com sua omissão para os danos.

Não se trata de equiparar as condutas do agente omissor à do agente causador da violência, mas criar naquele a consciência de que, caso se omita, pode ser responsabilizado.

Dessa forma, a tipificação da conduta de omissão de terceiro próximo pode ser eficaz instrumento de mudança de comportamento e de visão da sociedade sobre esse assunto.

3 LEGISLAÇÃO ATUAL: A FALTA DE SEGURANÇA APESAR DOS AVANÇOS

É possível perceber que a legislação já evoluiu muito no que se trata de direitos das mulheres. Porém, é analisando essa evolução e de onde ela se iniciou que se pode perceber o quanto ela ainda precisa avançar, já que a base dessa legislação é de cunho fortemente machista e não só justificava como permitia a dominação masculina sobre a mulher. Conceito esse enraizado tanto nas leis quanto na cultura ainda dos dias de hoje.

No Código Civil – CC de 1916, segundo o Senado Federal em seu material didático “Dialogando sobre a Lei Maria da Penha”, em uma época não tão distante do momento que se vive, era permitido ao marido aplicar castigos físicos à esposa. Mesmo tendo conquistado o direito ao voto em 1932, ela somente deixa de ser considerada civilmente incapaz em 1962.

Porém, apenas na Constituição Federal – CF de 1988 foi consagrada a igualdade entre homens e mulheres. E, ainda assim, o termo “poder familiar” somente substituiu o “pátrio poder”, ou seja, poder do homem sobre a família, a partir do CC de 2002, 14 anos após a solene declaração constitucional desta igualdade. E em 1991, realidade tão recente se comparada a tal evolução, é que se afastou o termo “legítima defesa da honra”. Por decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, ao julgar um caso de assassino, que usou desta tese, o Tribunal argumentou que honra é direito personalíssimo, e que como foi a esposa que traiu, e sua atitude socialmente reprovável sujou sua honra e não de seu esposo, a tese dele tê-la matado para defender sua honra, a honra do marido, era totalmente incabível, afastando esse argumento de defesa amplamente utilizado por muitos anos. (BRASIL, 2019c, p. 7-11)

Após o surgimento da LMP em 2006, em 2009, a Lei 12.015 altera o Código Penal no concernente aos crimes contra dignidade sexual, tornando sua punição mais rígida e abrangente no que tange a proteção das vítimas destes crimes.

Em 2015 houve a inclusão do feminicídio no CP como qualificadora do crime de homicídio, que segundo Nucci (2017, p. 620) consiste no homicídio doloso da mulher, por razões de gênero feminino, não importando se o autor do fato é homem ou mulher.

E, por fim, em 2018, sobreveio a Lei 13.718, que alterou a natureza jurídica da importunação sexual, que passou de simples contravenção penal para crime.

A LMP prevê as agressões, os abusos, as violências perpetradas pelo agressor. Como se trata de uma questão social que, portanto, deve ser problematizada, prevenida e erradicada por toda sociedade, não é apenas o agressor que deve ser penalizado, mas quem, tendo o dever de agir, assiste de perto ao ato de violência e nada faz.

O Art. 13, do Código Penal, versa:

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O dever de agir previsto no art. 13, § 2º, não abarca a atitude omissiva de quem, mesmo sem praticar ou dar causa por omissão, apenas assiste e/ou sabe da existência de agressão anterior, ou até mesmo agressões decorridas por determinado período de tempo, e podendo, não interfere ou solicita ajuda de entidade competente.

Como é possível observar em inúmeros casos que vêm sendo amplamente divulgados pela mídia em geral, muitas das agressões em relações domésticas e familiares, como as que abrange a LMP, não se iniciam pelas mais graves, antes começam com agressões menores que vão escalando para as maiores.

Em entrevista à emissora RDTVNews, a Delegada Jozirlethe Criveletto (FEMINICÍDIO, 2019), titular na Delegacia Especializada da Defesa da Mulher em Cuiabá/MT desde 2009, explica essa situação ao afirmar que

[...] o feminicídio, ele é o crime, o único crime que pode ser evitado [...]. Quando você trabalha feminicídio íntimo, que é esse praticado com violência doméstica, você percebe que existe todo um ciclo de violência, e aquele ciclo então ele chegou ao seu último grau, que é o feminicídio. Então por isso a importância de nós trabalharmos a conscientização dessa vítima de que ela se encontra nesse ciclo. (sic)

Afirmou também que esse ciclo pode começar ainda na fase de namoro, quando a vítima nem percebe os abusos sofridos e acredita que, por exemplo, o ciúme do companheiro é apenas uma prova de amor. Quando a vítima perceber que sofre uma relação abusiva já estará num estágio mais avançado de violência, o que dará início a outras histórias.

Histórias que se iniciam com agressões verbais, humilhações, imposições sobre vestuário que a vítima deve ou não utilizar, determinações sobre quais pessoas podem ou não fazer parte de seu círculo de convivência, locais que ela pode ou não frequentar, com o tempo evoluem para o primeiro tapa, depois empurrões, murros, facadas, tiros. É

certo que esta não é uma regra, nem todos os ciclos de violência seguem esse exato roteiro. Porém, em sua grande maioria, funciona como quando se coloca um sapo vivo para ser cozido: a água vai esquentando aos poucos e o organismo se adapta de forma que o animal sente que está prestes a morrer quando já é tarde demais.

Há em comum, em larga parcela destes mesmos casos de conhecimento público, a presença de pessoas próximas que, caso tivessem procurado auxiliar a vítima, com orientações ou até mesmo buscando a autoridade competente, poderiam ter evitado, ou ajudado a evitar, tais agressões posteriores, já que muitas vezes a própria vítima tem medo ou, por algum motivo, não pode ela mesma dirigir-se à autoridade competente.

Como exemplo, o amplamente divulgado caso da advogada Tatiane Spitzner, de Guarapuava/PR, que tem como principal suspeito pelo seu assassinato seu marido Luis Felipe Manvalier. Dentre os testemunhos colhidos durante a fase da investigação houve quem tivesse ouvido gritar por socorro, houve quem soubesse da agressividade com a qual o marido a vinha tratando tempos antes de sua morte. Se uma delas tivesse se pronunciado a alguma autoridade ou oferecido apoio à advogada, o final trágico dessa história poderia ter sido evitado.

Nenhum final de história por vir é certo, ninguém pode assegurar como será o futuro se essa ou aquela atitude for tomada, mas é certo que com auxílio muitas das vítimas de violência doméstica e familiar têm a chance de tentar interromper seu ciclo de violência.

A sociedade como um todo vem mudando e trazendo à tona questões cada vez mais humanitárias e preocupadas com a vida humana. É crescente o número de vozes que ecoa nas ruas clamando por igualdade, dignidade e humanidade.

Insistir em um comportamento no qual se vira os olhos para não ver a problemática da violência doméstica e familiar por justificar ser algo particular, é contrário ao movimento social de voltar-se uns aos outros na prática das tão buscadas e discutidas empatia e tolerância.

Exemplos de mudança jurídica que materializam esse clamor são as recentes leis que obrigam os condomínios a reportar os casos de violência doméstica e familiar, sob penas que variam de advertência a multa. Essas leis, até agora aprovadas nos estados da Bahia (Lei 14.278/20), do Rio de Janeiro (Lei 9.014/20), do Maranhão (Lei 11.292/20), de Minas Gerais (Lei 23.6433/20), no Distrito Federal (Lei 6.539/20) e em

municípios como Teresina (Lei 5.540/20), serviram como precursoras para o atual Projeto de Lei 2510/10, atualmente em tramitação na Câmara Federal.

Esse projeto pretende levar tal obrigação a todo país, além de estender essa responsabilidade de tal forma que seja aplicada também aos moradores. A citada Proposta de Lei prevê que, caso se omita na obrigatoriedade da denúncia, o agente poderá responder pelo crime de omissão de socorro, tipificado no artigo 135, CP.

A inclusão de uma modalidade de omissão de socorro, a omissão de terceiro próximo, aplicada à LMP trará inicialmente à população a necessidade de agir por receio da punição. Trata-se da chamada prevenção geral, cuja finalidade é evitar que outras pessoas, que não o criminoso, venham a cometer o mesmo crime.

E, posteriormente, como já aconteceu em ocasiões de criação de outras leis, fazer nascer dentre as pessoas a consciência de que a atitude de impedir a violência, seja interferindo de fato ou comunicando à autoridade competente, é o certo a se fazer, sem nem questionar ou julgar a vítima.

A sociedade, historicamente machista, patriarcal e conservadora, desenvolveu a ideia de que a mulher é a responsável pelas agressões, pela violência, pelo estupro, pela morte que sofre, por conta de seu comportamento, e não por ação do agressor.

No seio desta cultura não há espaço para auxiliar quem se crê estar errado. A crença de que a mulher é sempre culpada pela violência que sofre alimenta essa cultura que a impede de ser ajudada.

4 AS ALTERAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA

Desde sua sanção, em 7 de agosto de 2006, a LMP já sofreu algumas alterações e ainda existem mais propostas de lei que pretendem alterá-la ainda mais, para que possa abranger outros aspectos na proteção de vítimas de violência doméstica e familiar.

Em 2017 foi sancionada a Lei 13.505 que trata do direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de receber atendimento policial e pericial, preferencialmente por servidores do sexo feminino. Garante que nem a vítima ou familiares terão contato direto com investigados ou suspeitos da autoria da violência em questão, ou com pessoas relacionadas ao agente.

Preocupa-se, também, em evitar a revitimização da depoente, orientando a não inquirição sucessiva sobre os mesmos fatos, em quaisquer âmbitos, bem como questionamentos incabíveis sobre sua vida pessoal.

Outra inovação relevante decorreu da Lei 13.641/2018, que tipifica o crime de descumprimento de medidas protetivas e de urgência, com pena de detenção de 3 meses a 2 anos, conferindo apenas à autoridade judicial a competência de conceder fiança em caso de prisão em flagrante. Além disso, o crime de descumprimento de medida protetiva ou de urgência independe de esta ter sido decretada por juízo civil ou criminal.

A Lei 13.772/2018 protege a intimidade da mulher em casos de registro não autorizado de cenas de nudez, ato sexual e qualquer outro de caráter íntimo e privado. Caracteriza tal ato como violência doméstica e familiar psicológica, prevê detenção de 6 meses a 1 ano e multa, além de criminalizar quem cria imagens falsas atribuídas à vítima ou com o intuito de incluí-la em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

Recentemente, foram sancionadas mais três alterações na LMP, a Lei 13.827, a Lei 13.836 e a Lei 13.871, todas no ano de 2019. A primeira amplia a competência para aplicação de medidas protetivas e de urgência para além da autoridade judicial, permitindo-a à autoridade policial ou ao agente de polícia em situações em que o município não for sede de comarca ou quando não se encontre delegado disponível no momento da denúncia.

A segunda torna obrigatória a informação da condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

E a terceira responsabiliza o agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados.

Além dessas alterações, há mais projetos de lei no Congresso que visam a evoluções no auxílio às vítimas de tamanha violência. O PL 191/2017, do Senado, pretende estender a proteção da LMP às mulheres transgêneros e transexuais. O PL 510/2019, da Câmara dos Deputados, visa a facilitar o divórcio para vítimas de violência doméstica e familiar. E o PL 2.661/2019, também da Câmara dos Deputados, vem lutando pela proibição da nomeação, na esfera Federal, de condenados com trânsito em julgado por crimes previstos na LMP, assim como já é realidade no Estado do Rio de

Janeiro, que, por força da Lei estadual 8.301/2019, impede a nomeação desses agentes na administração pública direta e indireta.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE?

O princípio da culpabilidade defende, em um de seus três sentidos fundamentais, que só será penalizado quem, agindo com dolo ou culpa, comete um fato típico e ilícito.

Sem dolo ou culpa não há conduta, logo, não há fato típico. Para Greco (2011, p. 91), “os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva”.

Dentre as teorias sobre o dolo explicadas por Greco (2011, p. 187), aplica-se para o dolo direto a teoria da vontade, segundo a qual dolo é a vontade consciente de produzir o resultado ilícito; e para o dolo eventual, a teoria do assentimento, consoante a qual haverá dolo sempre que o agente tiver a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com sua conduta, assumindo o risco de produzir o evento ilícito.

Diante destes princípios, é inquestionável a legalidade da tipificação da omissão de terceiro.

É claro que quem assiste a agressões severas a uma pessoa em situação de vulnerabilidade e nada faz, quando poderia evitá-las, assume o risco de ter deixado a vítima virar mais um número dentre tantas estatísticas perversas que constata a cruel realidade de mulheres neste país.

Sob a ideia de prevenção geral e individual, a aplicação deste dispositivo agirá também como agente educador para sociedade e para o agente agressor.

6 OMISSÃO E RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS NA LEGISLAÇÃO

Pesquisa realizada pelo Núcleo de Gênero do Ministério Público de São Paulo - MPSP, em 2018, intitulada “Raio x do feminicídio em SP: é possível evitar a morte”, analisou as circunstâncias que giram em torno de feminicídios, como hora do dia, local, classe social, arma do crime, motivação, etc.

Foi observado que, independente das condições do crime, tentado ou consumado, não há registro de Boletim de Ocorrência na maioria dos casos, “o que leva à conclusão de que romper com o silêncio e deferir medidas de proteção é uma das estratégias mais efetivas na prevenção da morte de mulheres”. (MPSP, 2018, p. 25)

Essa falta de registros denomina-se de cifra negra, que representa “o número de delitos que por alguma razão não são levados ao conhecimento das autoridades, contribuindo para uma estatística divorciada da realidade fenomênica” (PENTEADO FILHO, 2012, p. 73).

Números e estatísticas de crimes são importantes, entre outras coisas, para mapeamento da criminalidade, auxiliando no planejamento da sua prevenção. Mas, casos de violência doméstica e familiar, como demonstrado na referida pesquisa, não são devidamente registrados e essa ferramenta de auxílio não pode ser tão eficaz quanto deveria no auxílio das vítimas.

Muitas vezes não é possível para a vítima, sozinha, quebrar o ciclo de violência no qual se encontra e denunciar seu agressor, seja por medo, por falta de apoio ou por não se sentir segura, não raro sendo necessária a intervenção de uma terceira pessoa que preste esse auxílio para que a vítima saia da situação de violência em que se acha.

A legislação brasileira mostra a importância que reserva ao tema ao prever mecanismos de defesa e apoio à população, seja diretamente, quando o próprio ofendido busca essa proteção; ou quando se busca proteção para outrem, a exemplo da Lei 10.778/2003, que institui a notificação compulsória de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados, orienta as autoridades sanitárias a proporcionar facilidades ao acesso à notificação, dispõe sobre outras questões procedimentais cujo descumprimento enseja infração, sem isentar de sanções penais.

É possível perceber a preocupação da Lei com a efetividade da denúncia dos casos de violência doméstica e familiar que levam as vítimas aos serviços de saúde. No entanto, essa efetividade corre o risco de não ser atingida quando se depende apenas da vítima, que muitas vezes não leva a notícia da agressão às autoridades.

Há ainda de se reforçar a importância do profissional de saúde nessa seara quando se aprecia seu papel, “pois a mulher fragilizada demais para buscar outros tipos de proteção, acaba procurando os serviços de saúde para o atendimento” (SANTINON; GUALDA; SILVA, 2010).

Analisando o Código de Processo Civil - CPC, fica clara a seriedade com a qual a lei trata a omissão de terceiros na busca pela justiça, visto que em seu artigo 380 “desenvolve os deveres dos terceiros em relação à produção da prova, [...] prevê a imposição de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias [...] ou, até mesmo, sua direta realização por atuação judicial” (BUENO, 2015, p. 276) quando aqueles se recusam a auxiliar no processo de produção destas, a saber:

Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

O legislador visa a restringir a responsabilidade do terceiro, que não é parte do processo em que tais provas estiverem sendo produzidas, determinando que as sanções previstas por sua conduta não recairão sobre as partes do processo.

Nesta ordem de ideias, a LMP, em seu art. 13, traz para seu processo, julgamento e execução das causas, a aplicação do CPC e do Código de Processo Penal – CPP, fortalecendo a relação que se quer fazer aqui dentre a legislação vigente e suas visões sobre o envolvimento de terceiros.

Nesta toada, o CC traz em seu artigo 932, rol de terceiros que deverão assumir a responsabilidade de indenizar parte lesada por outrem.

Além, claro, das já citadas leis estaduais que geram obrigação sobre o condomínio de denunciar violência doméstica e familiar.

Diante de tais previsões, não há como argumentar que a criação do novo tipo penal é algo fora da realidade jurídica ou incabível. Trata-se da constatação do rumo traçado pelas leis que regem esse país, em consonância com os anseios atuais que clamam por mais justiça, aplicação e efetividade das leis e erradicação dos casos de violência doméstica e familiar. Quanto mais pessoas estiverem engajadas nessa luta, mais fortemente ela será travada.

E uma forma de se trazer mais pessoas para trabalhar em prol disso é transportar esse assunto do universo particular, da relação exclusiva entre vítima e agressor, e expandi-lo para toda sociedade, trazendo o terceiro próximo para a cena.

7 A PROPOSTA DO NOVO TIPO “OMISSÃO DE TERCEIRO PRÓXIMO” 135-B

Todo tipo penal tem por objeto a proteção de um bem jurídico relevante contra lesão ou perigo de lesão.

Em casos de violência doméstica e familiar, é lugar comum para as vítimas terem dificuldade para realizar uma denúncia do ocorrido e pôr fim à situação. Além dos casos em que a vítima se sente ameaçada, ou de fato o é, há casos também em que não encontra apoio na sociedade, em seu meio social, e teme ser julgada por isso, comportamento mais que corriqueiro em uma cultura machista que insiste em culpar a vítima. Sobre essa falta de apoio, a representante da ONU Mulheres Brasil, Nadine Gasman (MULHERES, 2017), explicou sobre o quanto influencia ter esse suporte na tomada de decisão em realizar a denúncia:

Saber que não estão sozinhas e poder contar com alguém próximo são sinais importantes para o encorajamento de mulheres que estão sendo alvo da violência de gênero. Pode ser o passo decisivo para que elas quebrem o ciclo da violência e procurem serviços públicos de atenção a mulheres em situação de violência. Essas ações são difíceis, mas são amenizadas quando se tem alguém ou um grupo ao lado.

A esse processo, Penteadó Filho (2012, p. 124) dá o nome de vitimização terciária, que seria exatamente a falta de amparo por parte de órgãos públicos, pela sociedade e muitas vezes pela própria família, o que as leva a não denunciar tais violências sofridas, gerando assim as já discutidas cifras negras.

Esclareça-se que a vitimização terciária pode ocorrer antes da notícia da violência, colaborando para que essa não aconteça, ou depois do registro da ocorrência quando, sabendo da violência sofrida, atores sociais demonstram descaso, julgamentos, culpam-na pelo fato de ser vítima, entre outras coisas.

É necessária extrema força, a qual foi extirpada de muitas dessas mulheres, tamanha a violência sofrida, para conseguir passar pelo processo da vitimização primária, que seria a violência em si, pela secundária, que se materializa no momento da notícia da violência no qual a vítima é forçada a reviver a traumática situação, e ainda suportar as dores e dissabores do terceiro grupo de vitimização. Vale ressaltar que no segundo grupo de vitimização há a presença recorrente da violência institucionalizada.

Esse termo pode se referir a mais de uma situação. Uma muito comum e comentada por Lenio Streck (2011, p. 99) é a obrigação de a mulher manter relações sexuais com o marido, o que ainda é defendido por alguns penalistas como regular exercício de direito. Mesmo na vigência da atual Constituição de 1988 e, também

criticando tal conduta, o autor menciona que ainda não foi aceita nos Tribunais brasileiros a tese da violência institucionalizada nos casamentos. Acerca desta, define Taquette (2009, p. 28 *apud* BRASIL, 2019c, p. 95):

Essa violência é caracterizada como aquela praticada pela ação e/ou omissão das instituições que ofertam serviços públicos como hospitais, postos de saúde, escolas, delegacias, Judiciário, entre outras, no exercício de suas funções. É perpetrada por agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos.

Esse caminho para saída, que também é outra etapa espinhosa desse processo, chama-se rota crítica e, conforme Camargo e Aquino (2003, p.38), trata-se das dificuldades e obstáculos encontrados numa trajetória circular que impedem o alcance de uma solução, de forma que se repita esse caminho, sempre sem sucesso, acarretando em desgaste emocional e revitimização.

Essa argumentação corrobora a importância da criação desse tipo penal, já que, se o auxílio preventivo é tão importante, sua omissão é determinante para a continuidade de uma indesejada situação de violência, que, antes de ser um caso estritamente familiar e particular, é de interesse social.

Para Roxim (2014, p. 111-115), o Direito Penal deve assegurar, como última *ratio* e respeitando todos os direitos fundamentais, a convivência livre e pacífica dos cidadãos, com base na ideia iluminista de contrato social. Se se parte dessa finalidade, deve-se entender por “bem jurídico” tudo o que for indispensável para cumpri-la. Bens jurídicos são, portanto, a vida, a integridade física e sexual, a liberdade, a propriedade etc, mas também - bens jurídicos da coletividade -, por exemplo, uma justiça que funcione, uma moeda autêntica ou um meio ambiente intacto, sem os quais é impossível uma vida juridicamente segura e com saúde.

Demonstrada a necessidade de eficaz proteção ao bem jurídico “*integridade física e psíquica da vítima de violência doméstica e familiar*”, e diante da ineficácia de atuação das demais esferas do direito, sugere-se a criação de um artigo no CP, no Capítulo III – Da Periclitación da Vida e da Saúde, com número de 135-B, por sequência após o 135, que versa sobre omissão de socorro, que criminalizará condutas omissas referentes às ações vedadas previstas na LMP, com a seguinte proposta:

Omissão de terceiro próximo

Art. 135-B. Deixar de noticiar às autoridades competentes atos de violência doméstica e familiar assim definidos em lei e de que tem conhecimento e desde que não haja risco para o noticiante, se a omissão não constituir crime mais grave.

Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano, que poderá ser substituída por trabalho com vítimas desse crime, uma vez cumpridos os incisos do art. 44 desta Lei.

Parágrafo único. Está obrigada a noticiar o fato, sem prejuízo de outras, a pessoa de convivência íntima e ou próxima da vítima ou do agressor.

Trata-se de uma norma penal em branco, porquanto seu preceito primário carece de complementação. Como bem explica Greco (2011, p. 20), mesmo havendo a descrição da conduta defesa, há ainda a obrigatoriedade de complemento provindo de outro diploma, quais sejam leis, decretos, regulamentos, etc.

Tal complementação já existe na LMP, que define os tipos de agressão ao qual o tipo penal sugerido se refere. Sendo o tipo regulamentado por outra lei, norma de mesma estatura, classifica-se como norma penal em branco homogênea.

Além de norma penal em branco homogênea, cabe ressaltar que o referido tipo penal sugerido receberá classificação de *heterovitelina*, por ser complementado por lei diversa de sua área, aquele terá lugar no CP e sua complementação na LMP.

A conduta descrita no tipo penal é omissiva, porquanto viola uma norma preceptiva, que determina a prática de um ato.

Se a ação é uma realidade em si, um conceito ontológico, a omissão só existe a partir da norma, constituindo conceito axiológico, normativo (BIERREMBACH, 2002, p. 67).

O Direito Penal não pretende apresentar um nexos físico entre dois fenômenos naturais (mundo do ser), mas apenas a conexão entre conduta voluntária omissiva e um resultado vedado por lei (mundo do dever ser). Disso defluiu que as mesmas regras reguladoras do nexos causal na ação, previstas no art. 13 do Código Penal, devem ser aplicadas à omissão (*conditio sine qua non*) (BIERREMBACH, 2002, p. 101).

É um tipo penal de aplicação subsidiária que será afastado se a conduta do terceiro próximo configurar crime mais grave.

Quanto à consumação, deve-se ter em mente que há crimes que só se consumam quando a conduta do agente produz um resultado naturalístico; há outros que se consumam no momento da violação da norma jurídica, sendo a produção do resultado naturalístico mero exaurimento; há outros que se consumam com a mera conduta, que não tem aptidão para produzir alterações no mundo dos fatos.

O tipo sugerido classificar-se-á como de mera conduta, consistente na omissão do terceiro próximo em situação que poderia agir, sem risco pessoal, em proveito da vítima das agressões.

A figura proposta será de menor potencial ofensivo, porque a pena máxima cominada em abstrato não supera 2 anos. Por força do art. 41 da LMP, não estará sujeito aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/1999, quais sejam, a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89), não obstante a pena mínima abstratamente cominada não superar 1 ano.

A aplicação subsidiária cabe quando não se confunda com delito mais grave, e que se perceba que a omissão desse agente não se configure coautoria ou participação nas referidas agressões, nos termos do art. 29 do CP.

Vale ressaltar que, apesar de ser crime de menor potencial ofensivo, não terá competência para julgá-lo o Juizado Especial Criminal – JECRIM, visto que o tipo sugerido trata de atos de violência previstos na LMP, cujo art. 41 afasta a competência do juizado especial.

Cabe ainda analisar o princípio da proporcionalidade da pena. Alberto Silva Franco (1997 *apud* GRECO, 2011, p. 75-76) defende que é impreterível a análise de peso entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, que não se deve permitir desequilíbrio entre ambos para que não haja desproporção.

Isto posto, afigura-se proporcional a pena para o tipo sugerido, de seis meses a um ano. Tem-se como intenção não só punir tal conduta, mas também educar a população (prevenção geral).

A imputação da pena mínima de 6 meses obedece ao art. 46 do CP, que veda prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas às penas privativas de liberdade inferiores a seis meses. Isso porque é de interesse a aproximação de tais terceiros às vítimas.

Seguindo essa vertente, propõe-se a duração máxima de um ano, para que obedeça ao art. 44, I, do CP, que não permite substituição de pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, sendo aquelas superiores a quatro anos.

Escolheu-se tal modelo de substituição para que, além do intuito educacional e inclusivo, fique consonante com o art. 17 da LMP, que veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de

prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

O legislador, sabiamente, vedou tais substituições para barrar costume anterior que trazia caráter de pouca importância para crime tão vil. Nessa vertente, quer-se aqui, além de seguir a legislação, também frisar que há necessidade maior em se aprender a lidar com o problema da violência doméstica e familiar na sociedade, evitando-o e erradicando-o, em vez de simplesmente se preocupar em se livrar dele, havendo recursos para tal.

Seguindo os preceitos da LMP e o entendimento da súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, mantém-se a natureza da ação penal pública incondicionada, independentemente de representação da vítima, visando a garantir o cumprimento de sua finalidade protetiva e alcançar sua mais nobre função, que é a de promover uma eficaz mudança social no que tange à violência doméstica e familiar.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica e familiar já atingiu números alarmantes. Vê-se casos retratados, todos os dias, nos principais meios de comunicação de massa do país. É consenso que essa violência precisa acabar.

A legislação vigente no país possui mecanismos de proteção e coibição da prática de condutas de violência doméstica e familiar, como ferramentas de apoio e programas de educação da população. Mas é necessário um passo a diante.

O ordenamento jurídico sempre poderá fazer mais para proteger sua população, e a evolução social e intelectual auxiliam nesse importante processo. O rótulo de violência doméstica e familiar não retrata o problema em sua amplitude. Trata-se, deveras, de um problema social que deve ser combatido por toda sociedade. Isso inclui, dentre outras providências, cuidar das vítimas, e não as julgar; mudar o conceito de que tapinhas são comuns na relação de um casal; dizimar o machismo e o patriarcado que insistem em diminuir as mulheres.

Acredita-se no poder punitivo da criação do tipo penal de omissão de terceiro próximo, mas acima disso, em seu potencial de prevenção geral, no sentido de educar e gerar mudanças na consciência coletiva sobre aquilo que se pode fazer, como sociedade,

para cuidar uns dos outros e concretizar a solidariedade prevista como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no art. 3º, I, da CF.

REFERÊNCIAS

BIERREMBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. **Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003**. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. ILB – Instituto Legislativo Brasileiro. Senado Federal. **Dialogando sobre a Lei Maria da Penha**. Cadernos EAD. ILB: Brasília, 2019c.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 01 maio 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARGO, Márcia.; AQUINO, Silvia de. Redes de cidadania e parcerias – enfrentando a rota crítica. *In*: SPM - SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Programa de prevenção, assistência e combate à violência contra a mulher** – plano nacional: diálogos sobre violência doméstica e de gênero: construindo políticas públicas. Brasília: SPM, 2003.

CIDH - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CIDH expressa sua profunda preocupação frente à alarmante prevalência de assassinatos de mulheres em razão de estereótipo de gênero no Brasil. **Organização dos Estados Americanos**, Washington, DC, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp>. Acesso em: 09 maio 2019.

FEMINICÍDIO pode ser evitado, diz delegada. Cuiabá: RDTVNews, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PASLb2cR3KU>. Acesso em: 02 maio 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MPSP - MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Núcleo de Gênero. **Raio-x do feminicídio em SP**: é possível evitar a morte. São Paulo: Núcleo de Gênero MPSP, 2018. Disponível em: https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/04/MPSP_RAIOXdoFEMINICIDIO2018.pdf. Acesso em: 13 abr. 2019.

MULHERES apoiam mulheres a romper o ciclo da violência de gênero, revela campanha da ONU nos 16 Dias de Ativismo. **ONU Mulheres Brasil**, Brasília, dezembro, 18 dez. 2017. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-apoiam-mulheres-a-romper-o-ciclo-da-violencia-de-genero-revela-campanha-da-onu-nos-16-dias-de-ativismo/>. Acesso em: 02 maio 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 8.301, de 28 de fevereiro de 2019**. Veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 11.340, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, [2019]. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/998cb21d7d9bb434832583b60070a6e9>. Acesso em: 01 maio 2020.

ROXIM, Claus. **Novos estudos de Direito Penal**. Tradução: Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTINON, Evelyn Priscila; GUALDA, Dulce Maria Rosa; SILVA, Lucia Cristina Florentino Pereira da. Violência contra a mulher: notificação compulsória e outros instrumentos legais de uso dos profissionais de saúde. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 mar. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7499. Acesso em: 03 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica *In*: CAMPOS, Carmem Hein de. (Org.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.