



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Paulo Spader

Matrícula: 09/0012046

Aplicação atípica das Medidas Protetivas de Urgência

Brasília

2013

Paulo Spader

Matrícula: 09/0012046

Aplicação atípica das Medidas Protetivas de Urgência

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Brasília

2013

Paulo Spader

Matrícula: 09/0012046

Aplicação atípica das Medidas Protetivas de Urgência

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta por:

Doutora e Orientadora Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Mestra e Examinadora Tânia Maria Oliveira

Doutora e Examinadora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

Doutora e Examinadora Carmen Hein Campos (suplente)

RESUMO

A Lei Maria da Penha trouxe para o ordenamento jurídico inovações com o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica ou familiar praticada contra a mulher. Dentre as inovações processuais trazidas, encontram-se as medidas protetivas de urgência, instrumentos cautelares que visam a garantir a incolumidade físico-psíquica da mulher em situação de violência doméstica ou familiar. Como é uma lei de gênero, a norma em questão não se aplica indiscriminadamente a qualquer público. Entretanto, no curso da aplicação surgiram teses defensoras de que as medidas protetivas de urgência seriam instrumentos valiosíssimos para qualquer pessoa em situação de violência doméstica, seja homem, mulher, criança ou idoso. Nessa esteira, órgãos judiciários de diversas comarcas tem deferido a tutela de emergência a jurisdicionado que não se enquadra entre o público típico da Lei Maria da Penha. A partir da análise dos acontecimentos que embasaram a formulação de uma lei de gênero de enfrentamento à violência doméstica e familiar, bem como ao considerar a natureza jurídica das medidas protetivas e ao analisar possibilidade de prejuízo para a promoção da igualdade entre os gêneros, procura-se demonstrar a (in)viabilidade de extensão das nóveis medidas cautelares àqueles que necessitem de proteção mais eficiente, mas que não recebem a guarida ordinária da Lei Maria da Penha.

PALAVRAS-CHAVE: medidas protetivas de urgência; Lei Maria da Penha; igualdade material; violência doméstica e familiar; motivação de gênero.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	P. 6
CAPÍTULO I	
HISTÓRICO: A LUTA FEMINISTA E FORMALIZAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06	P. 8
CAPÍTULO II	
APLICAÇÃO E AMPLITUDE DA LEI.....	P. 43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	P. 76
REFERÊNCIAS.....	P. 78

INTRODUÇÃO.

A Lei Maria da Penha, norma aclamada por significativa parte da crítica feminista e considerada uma das leis mais avançadas do mundo no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, trouxe procedimentos processuais e pré-processuais específicos, previu órgãos especializados no trato com as mulheres em situação de violência doméstica e também arrolou uma série de instrumentos dos quais pode se valer o Estado-Juiz para garantir a integridade físico-psíquica da jurisdicionada – as medidas protetivas de urgência.

O tema da presente monografia de conclusão de curso se insere nesse contexto.

Não obstante a Lei conferir uma proteção ímpar às mulheres que dela se socorrem, evidenciou-se a existência de outros grupos da sociedade brasileira vítimas de semelhante violência, mas que permanecem com uma proteção deficiente por parte do Estado, como, por exemplo, os idosos, os deficientes, as crianças, os adolescentes ou até mesmo homens em situação de risco que, justamente por estarem em desvantagem em frente ao agressor, também são vítimas de violência doméstica e familiar e discriminados no seio da comunidade em que estão inseridos.

A violência doméstica e familiar não é um problema exclusivo das mulheres, embora estatisticamente elas sejam as vítimas rotineiras dessa prática vergonhosa. Sendo assim, os instrumentos previstos na Lei Maria da Penha – as medidas protetivas de urgência especificamente – seriam de valor imensurável caso fossem utilizados na proteção desse jurisdicionado atípico e carente de maior atenção. Portanto, a tese que se sustenta ao longo da linha argumentativa traçada é de que forma as medidas protetivas de urgência (previstas no Título IV, Capítulo II, Seções II e III, da Lei nº 11.340/2006) podem ser estendidas a grupos de risco diversos do tutelado ordinariamente pela Lei em questão.

Para tanto, é importante entender o porquê da Lei Maria da Penha, cujo processo de elaboração desenvolveu-se em um contexto específico, representando uma das mais relevantes conquistas do movimento feminista nacional.

Nessa linha, primeiro faz-se mister uma digressão histórica a fim de compreender os motivos que impulsionaram a formalização da Lei Maria da Penha. Com isso em mente, pretende-se analisar normas nacionais e tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio e que influenciaram decisivamente na escalada pela conquista da igualdade (formal e material) entre os gêneros.

Pretende-se, ainda, analisar incidentes e recomendações que refletiram em um posicionamento político decisivo para elaboração de uma lei que enfrentasse a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Percorridas essas etapas iniciais, um estudo sobre alguns aspectos interpretativos da Lei – sua constitucionalidade, abrangência – mostra-se conveniente para subsidiar a derramar luzes sobre o problema colocado inicialmente.

Por fim, a fim de maturar a conclusão do trabalho, é necessário entender como doutrinadores e os órgãos judiciários tem se posicionado quanto às peças importantes para o desvendar desse quebra-cabeças.

Perpassados esses caminhos e visando a dar amparo àqueles que não podem se socorrer diretamente à Lei Maria da Penha (mas que também sofrem violência doméstica ou familiar), demonstrar-se-á que a fixação de medida cautelar com conteúdo semelhante às medidas protetivas de urgência é plenamente possível e até mesmo recomendável a outros casos diversos que também envolvam violência doméstica.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO: A LUTA FEMINISTA E FORMALIZAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06

Ressaltou a então deputada Iriny Lopes quando do relatório do Projeto de Lei nº 4.559/2004 emitido na Comissão de Constituição e Justiça, “a violência contra as mulheres é um dos reflexos mais sombrios e brutais da cultura patriarcal e do machismo que ainda prevalecem em muitas sociedades, entre elas a brasileira”¹.

Para entender a edição da Lei Maria da Penha é conveniente compreender a luta da mulher brasileira nas últimas décadas contra a lógica androcêntrica a que estava submetida. A trajetória traçada até a sanção e publicação da Lei nº 11.340/2006 confunde-se com o próprio caminho do feminismo no Brasil.

O preâmbulo da referida Lei mostra uma correspondência entre a matéria tratada e as agendas internacionais que procuraram afirmar os direitos das mulheres contra a discriminação e violência em suas variadas formas; correspondência que revela a preocupação da comunidade internacional com um problema que não se restringe a determinada cultura.

O Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres realçou: “a violência contra a mulher em todas as suas formas (psicológica, física, moral, patrimonial, sexual, tráfico de mulheres) é um fenômeno que atinge mulheres de diferentes classes sociais, origens, regiões, estados civis, escolaridades ou raças”².

Foi destacado na exposição de motivos do anteprojeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, o qual adotou o epíteto de Projeto de Lei nº 4.559/2004:

As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se “naturalizam” e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intra-familiares foram historicamente

¹ Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça. Parecer da Relatora ao PL 4.559/2004, p. 3. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=360819&filename=Tramitacao-PL+4559/2004

² Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres – p. 16; Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres; Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República.

interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a impunidade³.

Para compreender o porquê da edição da Lei objeto deste trabalho, faz-se necessário visualizar, em um primeiro momento, o caminho percorrido pelo feminismo em favor da igualdade de direitos civis, políticos, culturais, sociais e econômicos e que antes eram reservados aos homens.

Conforme expôs a deputada Jandira Feghali, tais situações de desigualdade estrutural, embora caracterizem a condição das mulheres na vida profissional e social em geral, certamente acabam, também, por se refletir na problemática da violência doméstica⁴.

Há décadas o feminismo critica as relações de poder presentes nas mais diversas instituições brasileiras e denuncia a discriminação de gênero que insiste em alocar a mulher em posição de inferioridade em relação ao homem. Nessa perspectiva, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representou grande avanço na peleja pelos direitos das mulheres no Brasil.

I.I. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW).

Instrumento valioso na luta contra a lógica patriarcal de subordinação feminina é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW)⁵.

Preocupou-se em garantir, através de um instrumento internacional, que homens e mulheres tivessem os mesmos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O Estados-partes comprometeram-se a editar normas e a adotar políticas públicas que promovam a igualdade de gênero, ainda que, para alcançar este objetivo, seja necessário instituir leis e políticas afirmativas em favor da mulher⁶.

³ EM 16 – SPM/PR. Proposta de Projeto de Lei encaminhada ao Congresso Nacional. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2668B89522DC02843D3E6A65A20061E5.node2?codteor=256085&filename=PL+4559/2004

⁴ Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, Projeto de Lei nº 4.559/2004. Página 11. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=334626&filename=SBT+1+CSSF+%3D>+PL+4559/2004

⁵ A CEDAW foi adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18/12/1979 e ratificada pelo Brasil em 1º/2/1984.

⁶ Em seu preâmbulo, a CEDAW enfatizou que os Estados-partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm **obrigação de garantir ao homem e à mulher igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos**

As disposições trazidas por essa convenção reverberaram em diversos normativos do direito interno, em especial, na Carta Magna brasileira.

A CEDAW consagrou a preocupação em derrubar os estereótipos culturais que discriminam as mulheres e encontrou consonância com os crescentes movimentos feministas, os quais, ainda na década de 1970⁷, organizavam-se em torno de propostas específicas de luta contra as formas de discriminação⁸.

Àquele contexto, fervorosas foram as mobilizações contra a impunidade de agressores que, no âmbito do contexto familiar, amparavam-se na “legítima defesa da honra” para convencer o tribunal do júri de que a conduta violenta não ultrapassava os limites do dever do “homem macho”; tese essa que era largamente aceita⁹, em especial nas comarcas interioranas em que o tradicionalismo discriminatório patriarcal mantinha-se (e mantém-se) com maior firmeza.

Calcado no bordão “quem ama não mata”, ganhou força o movimento popular feminista contra a violência doméstica e contra o argumento discriminatório de legítima defesa acolhido nos tribunais, em especial, no tribunal júri – em que o conselho de sentença é composto por populares (leigos, em tese) que retratam e absorvem os anseios e pensamento da comunidade local.

Percebeu-se que havia ali um imperativo kantiano do qual o homem (viril e dominador) não deveria evadir-se, pois era como a sociedade esperava que ele agisse a fim de manter não somente sua honra subjetiva, mas também a fim de manter o respeito na comunidade e que a conduta “indevida” (da mulher) não viesse a ser reproduzida.

⁷ A ONU, por meio da Resolução nº 3.010/1972, declarou o ano de 1975 como o ano da mulher. Posteriormente, por meio da Resolução 3.520/1975, a Organização das Nações Unidas declarou o período de 1976 a 1985 como a Década da Mulher e passou a incentivar decisivamente a formalização de convenções para que os Estados firmassem compromisso com a promoção da igualdade de gêneros e contra a discriminação.

⁸ CEDAW. Artigo 1 – Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo

⁹ No caso Doca Street, o acusado de homicídio (marido da vítima) foi absolvido pelo conselho de sentença. Acolheu-se a tese do excesso culposo do réu e admitiu-se que o marido com a honra ferida efetivamente deveria ter agido para defender sua honra subjetiva, sendo o resultado morte culposa.

“O Tribunal do Júri de Cabo Frio somente veio reunir-se em 1980, para julgar Doca Street, ocasião em que Evandro Lins e Silva pronunciou memorável defesa, divulgada por todo o país, através dos meios de comunicação de massa que cobriram intensamente aquele julgamento.[...] O conselho de sentença aceitou a tese do excesso culposo no estado de legítima defesa e o juiz fixou a pena de dois anos de detenção ao réu, concedendo-lhe o direito ao “sursis”. [Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/institucional/grandes-causas/o-caso-doca-street>]

Visando a modificar costumes discriminatórios, a CEDAW estabeleceu que os Estados-Partes devem tomar todas as medidas apropriadas para “modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres”(artigo 5, alínea “a”).

Entretanto, a rejeição da tese de legítima defesa da honra somente consolidou-se no seio do Superior Tribunal de Justiça na década de 1990 por meio de um emblemático julgado – Recurso Especial 1517 PR 1989/0012160-0, Relator Min. Jose Candido de Carvalho Filho –, no qual, apesar de o STJ anular a primeira decisão do conselho de sentença pelo acolhimento da tese, a nova decisão popular manteve o posicionamento cassado e, em virtude do princípio constitucional da soberania dos veredictos do tribunal do júri, foi mantida a absolvição.

Fortaleceu-se, a partir de então, a tese de que legítima defesa da honra não constitui um argumento jurídico válido, devendo o juiz abster-se de incluí-la como quesito para julgamento pelo conselho de sentença do júri. Ainda assim é possível encontrar essa argumentação sexista em discursos jurídicos posteriores¹⁰, tanto no Brasil¹¹ assim como em outros países do globo. Por esta razão, o Comitê CEDAW, em 1993, dedicou atenção especial a esse tema ao expedir a Recomendação Geral Nº. 19:

Specific recommendation

24. In light of these comments, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women recommends that:

(r) Measures that are necessary to overcome family violence should include:

(i) Criminal penalties where necessary and civil remedies in cases of domestic violence;

¹⁰ Veja o Recurso de Ofício n. 01.001650-3, Rio Branco, de 1º/3/02 e Recurso Especial 203632/MS (1999/0011536-8), de 19/12/02.

¹¹ Esse fato foi especificamente realçado no Relatório do Brasil na 29 Sessão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW: “o Poder Judiciário continua a apresentar resistências às demandas das mulheres, o que pode ser demonstrado por: a) existência de decisões extremamente discriminatórias em processos de crimes sexuais; b) a ainda aceitabilidade da “legítima defesa da honra” pelo júri popular (que absolvía o homem do assassinato, sob o argumento de que ele estaria defendendo a sua honra, ofendida pela atitude da mulher), apesar do repúdio do Superior Tribunal de Justiça, a essa argumentação; d) a postura doutrinária que impede a classificação imediata dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil”. (Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Participação do Brasil na 29 Sessão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2004. Série de Documentos. pp. 25-26).

(ii) Legislation to remove the defence of honour in regard to the assault or murder of a female family member; (grifei).

Esteve enraizado culturalmente no imaginário da sociedade brasileira a figura da mulher como símbolo da pureza; que deve se comportar da forma a preservar seu estado de feminilidade e fragilidade. Caso a mulher atue contrariamente ao ideário no qual encontra-se encastelada, sua conduta deve ser repreendida, mesmo que as consequências da coerção possam ser dramáticas. Porém, ainda que hoje seja dominante o posicionamento contra a tese de legítima defesa da honra, a cultura historicamente discriminatória ainda permeia a análise técnica do julgador na dosimetria da pena. A violência contra a mulher que não se comportou segundo os padrões ainda recebe repressão menor do que aquela cometida contra uma “mulher honesta” em casos não tão pontuais.

Quando a vítima é mulher “chama a atenção para o fato de que, no discurso legal, vítima e réu são transformados em personagens de um drama teatral no qual o papel principal cabe, estranhamente, não ao crime em si, mas às características e atributos da vida sexual, profissional e social das personagens” (ARDAILLON, Daniele e DEBERT, Guita Grin. Quando a mulher é Vítima. Brasília, 1987, p. 5).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, como já pôde ser percebido, impulsionou as lutas feministas ao demonstrar que as mulheres não estão nessa peleja sozinhas; elas têm o apoio da comunidade internacional a qual, por mais que não tenha poder de coerção expressivo e respeitado, representa um aliado de peso no engrandecimento do discurso pela igualdade de gênero.

I.II. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e a força normativa dos tratados internacionais em defesa da mulher.

A participação política ativa das mulheres ganha força expressiva já no final do século XIX (não se olvide as iniciativas de Princesa Isabel). Por consequência, a luta pelos direitos mostrou-se contundente desde a promulgação da primeira Constituição republicana, embora seu texto pouco tenha garantido a elas¹².

¹² Marcelo Melo da Silva lembra que: “As duas primeiras constituições (1824 e 1891) pouco ou nada se referem à mulher. Contudo, antes da Constituição de 1891, na sua Assembleia Nacional Constituinte, há um forte embate político para a aprovação do direito de voto das mulheres. A feminista Berta Lutz (1894–1976) e a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino foram expoentes na luta por esse direito no início do século XX. Os resultados desta pesquisa não se firmam somente no arcabouço constitucional compilado, mas também nos argumentos dos

Consoante realce de Leila Linhares Barsted, “no Brasil, os movimentos de mulheres compreenderam que um elemento fundamental da demanda por políticas públicas sociais é a sua formalização legislativa, com a declaração de direitos e da obrigação do Estado de garanti-los e implementá-los. Por isso a percepção sobre a importância do processo legislativo levou as organizações desse movimento a desenvolverem capacidade de propositura de leis que completassem a cidadania feminina tolhida, legalmente, em grande parte, pelas disposições do Código Civil de 1916”.¹³

Com esse pensamento, as mulheres participaram ativamente do processo de redemocratização iniciado timidamente no governo Geisel. A atuação feminista ficou conhecida, nessa época, como o “lobby do batom”. Esse “foi um movimento de sensibilização dos deputados e senadores sobre a relevância de considerar as demandas das mulheres para a construção de uma sociedade guiada por uma Carta Magna verdadeiramente cidadã e democrática. De 1988 a 1996 o Conselho Nacional em Defesa da Mulher, juntamente com representações de organizações diversas de direitos das mulheres da sociedade civil, visitou quase que diariamente as lideranças e os diversos deputados”¹⁴. Através de seus representantes e meios de pressão, as feministas fizeram-se ouvidas nas discussões que permearam a formalização do novel texto constitucional, o qual foi um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil.

Resultados dessa presença marcante foram os dispositivos que consagraram as conquistas feministas que timidamente afloravam por meio de leis esparsas. Para espancar qualquer sombra de dúvida, encontramos, de forma pleonástica, ainda no artigo 5º, referências à igualdade formal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

deputados que se posicionavam contra ou a favor do voto feminino. Concluiu-se que, apesar de alguns parlamentares advogarem em favor do voto feminino, saiu vencedora a posição contrária. Em 1824, ano da primeira Constituição, as mulheres estavam excluídas da vida pública e da vida política. Já na Assembleia Nacional Constituinte de 1890 e 1891, as discussões sobre o direito político feminino tomaram corpo. Apesar de negado, as mulheres não deixaram de reivindicar o direito eleitoral, que ganhou maior força nas primeiras décadas do século XX. O direito ao voto feminino é assegurado no Código Eleitoral pelo Decreto 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, que foi ratificado na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. [Disponível em: http://www.coletiva.org/site/index.php?option=com_content&view=article&id=293:constituicoes-e-luta-das-mulheres-por-direitos-politicos&catid=17&Itemid=70]. Acessado em 26 de setembro de 2013.

¹³ BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de advocacy feminista (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

¹⁴ PYTANGUI, Jacqueline. As mulheres e a Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/images/nov089.pdf>

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (grifos meus);¹⁵

O constituinte também se preocupou em assegurar a igualdade e liberdade da mulher em outros setores da vida civil, como, por exemplo, no trabalho e nas relações familiares:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Com a positivação de preceitos tão garantidores (embora não tenham sido uma inovação no direito nacional), conduziu-se o julgador à necessária releitura dos diplomas infraconstitucionais editados antes de 5 de outubro de 1988.

O julgador (em especial o Supremo Tribunal Federal através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) teve de realizar o juízo acerca da recepção dos antigos diplomas em face da Constituição Cidadã. Como coloca Gilmar Mendes:

Se e quando houver ruptura na cadeia de sustentação do sistema – no caso de uma revolução vitoriosa, por exemplo –, a velha ordem, globalmente considerada, desaparecerá porque terá sido trocada a norma básica que lhe conferia os atributos de juridicidade – fundamento, eficácia e vigência –,

¹⁵ CEDAW. Artigo 2 – Os Estados-Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e, com tal objetivo, se comprometem a: a) consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio; (...)

passando a vigorar, como direito novo, como o mesmo fundamento de validade, não apenas as normas editadas pelo poder recém constituído, mas também aquelas que, embora positivadas antes do fato revolucionário, e **em consonância com os valores então prevaletentes, admitam recepção pelo sistema emergente ou leitura conforme a nova ordem estabelecida**¹⁶.

À CEDAW se aplica o mesmo juízo referente às normas editadas antes de 1988; ou seja, como os preceitos materiais da referida convenção são compatíveis com os valores do novo Texto Magno, a norma pode ser considerada recepcionada e os direitos garantidos por ela continuam protegidos, mesmo que não previstos expressamente na Carta constitucional.

Não se olvide da regra constante no § 2º do artigo 5º:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve particular interesse de agentes políticos brasileiros com a introdução das normas de direito internacional no ordenamento jurídico pátrio. Expressamente para os direitos e garantias fundamentais, o rol elencado pela CRFB não é exaustivo e, portanto, está apto a abrigar outros direitos e garantias previstos em normas diversas.

Todavia, a norma do §2º não deixou claro qual o posicionamento dos tratados internacionais na hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro. Era constante o dissídio doutrinário em torno da força das normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil. Prevaleceu, durante muito tempo, na jurisprudência pátria, que as normas de direito internacional possuíam a mesma hierarquia das leis ordinárias, posição que deixava a República Federativa do Brasil em posição desconfortável frente os órgãos internacionais, haja vista que as normas ratificadas poderiam ser derogadas por uma lei ordinária qualquer.

Por esse motivo, o Comitê CEDAW recomendou:

O Comitê observa com preocupação que, ainda que os tratados internacionais de que o Brasil é parte tenham sido incorporados à legislação interna, existe uma

¹⁶ Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 3.

discordância no Judiciário e na doutrina jurídica em relação à situação desses tratados internacionais e à sua aplicabilidade imediata.

O Comitê recomenda que se promovam atividades de conscientização e sensibilização do judiciário, e de outras autoridades encarregadas de fazer cumprir as leis, para mudar a opinião predominante em relação à situação dos tratados internacionais na hierarquia das leis no Brasil¹⁷.

A insatisfação da comunidade internacional com a aplicação e a hierarquia dos tratados internacionais (sobretudo aqueles que versem sobre direitos humanos – mais sensíveis e de maior preocupação) repercutiu nas instituições brasileiras, de tal forma que, visando a disciplinar com maior rigor essa situação, à Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), foi acrescentado o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal:

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal, preocupado com a incômoda questão da hierarquia dessas normas, vem adotando, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional 45/2004, a tese de supralegalidade das normas internacionais que versem sobre direitos humanos.

Ainda que o requisito do § 3º não seja alcançado, os tratados que versem sobre essa específica matéria gozam de hierarquia superior às das leis, ocupando espaço intermediário entre a Constituição e normas infraconstitucionais que tratem do mesmo contexto. Assim, procura-se compatibilizar as normas de direito interno com as de direito internacional, ao menos e em especial, as que versam sobre direitos tão sensíveis.

Como lecionou Gilmar Mendes ao explicar a tese da supralegalidade:

¹⁷ Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Participação do Brasil na 29 Sessão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2004. Série de Documentos. pp.91-92.

¹⁸Essa reforma foi, inclusive, referenciada VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW em 2005(páginas 18 e 19):

“Outro ponto importante do texto desta emenda é permitir, por exemplo, uma aplicação mais direta das normas e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, ratificados pelo Brasil. A partir da Reforma do Judiciário, essas normas internacionais deixam de ter o status de leis ordinárias para terem, depois de aprovadas por três quintos dos votos da Câmara e do Senado, a mesma força de emendas constitucionais, passando a ser observadas com tal. Esta medida incide diretamente no cumprimento da Recomendação 2, que solicita que se deixe clara a situação dos tratados internacionais na hierarquia das Leis no Brasil”.

Por conseguinte, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana¹⁹.

Esse foi o entendimento que prevaleceu no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, de relatoria do ministro Cesar Peluso, em que se analisou a prisão do depositário infiel, hipótese de prisão civil autorizada pela CRFB, em face da proibição contida no Pacto de San Jose da Costa Rica (ao qual o Brasil manifestou adesão em 1992)²⁰.

Mesmo que a tese da supralegalidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos somente tenha ganhado contornos mais sólidos a partir da década de 2000, é inegável que desde antes de 1988 os tratados internacionais pressionavam o julgador a uma releitura dos textos legais. A promulgação da CRFB, bem como o crescente zelo com as normas de direito internacional, tornaram essa releitura imperativa, afastando com propriedade os dispositivos e as interpretações discriminatórias contra a mulher.

I.III. Alterações legais

Fica bastante clara a intenção do constituinte originário de enfatizar a proibição de qualquer discriminação de gênero. Ao menos formalmente, retirou-se a mulher do julgo patriarcal. Com isso, disposições legais discriminatórias não encontraram mais guarida na Norma maior e, em consequência, foram, aos poucos, sendo expressamente revogadas.

¹⁹ Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martinés Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 edição. São Paulo: Saraiv, 2009. P. 748-750.

²⁰ RHC nº 79.785-RJ, voto do min. Sepúlveda Pertence: “Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.” [RHC no 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente)].

Dos diplomas normativos ainda vigentes quando da promulgação da CRFB, os que representavam maior entrave na luta contra a discriminação eram: a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); o Código Civil Brasileiro de 1916 (CCB); e o Código Penal Brasileiro (CPB)²¹.

Com a progressiva atualização das normas infraconstitucionais percebe-se a preocupação do legislador brasileiro em efetivar os comandos insculpidos na CEDAW e em progredir na consolidação da igualdade de gênero.

Principiando pelas significativas alterações na CLT, os ganhos trabalhistas e o incentivo ao acesso ao mercado de trabalho podem ser representados pela revogação do antigo artigo 446:

Art. 446 - Presume-se autorizado o trabalho da **mulher casada** e do menor de 21 anos e maior de 18. **Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente.**

Parágrafo único. **Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família,** perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.(Revogado pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989) (destaquei)

Percebe-se que a mulher era posta em patamar de submissão em relação ao homem e, embora o antigo dispositivo transcrito acima fosse incompatível com outras normas do próprio sistema normativo interno pré-1988²², ainda era visível a resistência ao reconhecimento da plena independência da mulher. A esta cabia (era imposta) a responsabilidade doméstica, de tal forma que, sua ausência no lar, ainda que para exercer atividade laboral e gozar de sua liberdade, representava uma ameaça à própria constituição e agregação da família.

O artigo transcrito claramente mostrou-se incompatível com o ordenamento constitucional. Porém, mesmo que tenha deixado de ser aplicado (mesmo antes de 1988), a sua

²¹Valendo-me de uma metáfora econômica, vivíamos enredados no que o economista indiano **Vijayendra Rao** chamou de "armadilha da desigualdade" a cristalização da desigualdade nas instituições, nas leis, nas políticas públicas e na vida social do país, reproduzindo-se em suas várias dimensões (renda, riqueza, oportunidades, poder e **status** social) e favorecendo os homens em prejuízo das mulheres.

²² CEDAW: Artigo 11

1. **Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:**a) **O direito ao trabalho direito inalienável de todo ser humano;** c) **O direito de escolher livremente profissão e emprego,** o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito de acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico;

existência como norma não expressamente revogada contribuiu, por algum tempo, para a fertilização do imaginário brasileiro acerca do “papel da mulher” na sociedade.

A revogação expressa dos dispositivos discriminatórios representa parte da política de prevenção da discriminação contra a mulher; desconstruir os mitos e estereótipos (aqueles institucionalizados principalmente) é um importante passo que, há muito tempo, foi reconhecido como essencial na luta contra os padrões sexistas²³. Enfatize-se que a derrogação, além de por fim à eventual dúvida acerca da vigência da Lei, também se traduz em ato simbólico de cumprimento dos preceitos assinalados pelo Brasil ao se tornar signatário da CEDAW²⁴.

Digno de nota, recentemente, através da Emenda Constitucional 72/2013, estabeleceu-se a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Mais uma vez, demonstrou-se a preocupação do Brasil com o cumprimento dos protocolos internacionais ao concretizar o enfrentamento a uma preocupação antiga e revelada já no primeiro relatório brasileiro enviado ao CEDAW:

Assim, por exemplo, apesar dos avanços, na questão trabalhista a Constituição Brasileira não garantiu às trabalhadoras domésticas, todos os direitos dos demais trabalhadores.

[...]

O Comitê expressa ainda especial preocupação pela precária situação dos trabalhadores domésticos, a maioria dos quais não têm reconhecido os direitos de que desfrutam outras categorias de trabalhadores, como o limite obrigatório da jornada de trabalho [...] O Comitê recomenda que o Estado-Parte inclua todos os trabalhadores do serviço doméstico no âmbito de sua legislação trabalhista²⁵.

O empoderamento econômico da mulher, facilitado através das medidas que promoveram a igualdade entre os gêneros nas relações empregatícias, é caminho fundamental para eliminação

²³ CEDAW: Artigo 10: Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

c) A eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino [...].

²⁴ Há que se ter em mente ainda a Recomendação do Comitê CEDAW ao Brasil, 2003: “A stable family is one which is based on principles of equity, justice and individual fulfilment for each member. Each partner must therefore have the right to choose a profession or employment that is best suited to his or her abilities, qualifications and aspirations, as provided in article 11 (a) and (c) of the Convention”.

²⁵ Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Participação do Brasil na 29 Sessão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2004. Série de Documentos. pp. 96-97

da discriminação e, conseqüentemente da violência contra a mulher. A esse entendimento, aquiesce a manifestação feita pelo Comitê CEDAW quando da Recomendação Geral Nº 19/1992:

23. Family violence is one of the most insidious forms of violence against women. It is prevalent in all societies. Within family relationships women of all ages are subjected to violence of all kinds, including battering, rape, other forms of sexual assault, mental and other forms of violence, which are perpetuated by traditional attitudes. Lack of economic independence forces many women to stay in violent relationships. The abrogation of their family responsibilities by men can be a form of violence, and coercion. These forms of violence put women's health at risk and impair their ability to participate in family life and public life on a basis of equality.

Percorrendo a esteira da atualização legislativa, dentre todas as normas que carregavam (ou ainda carregam) preceitos discriminatórios, o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), indubitavelmente, foi o maior obstáculo encontrado pelas feministas na luta pela equiparação de direitos e contra todas as formas de discriminação.

Disciplinador das regras mais básicas e cotidianas da vida em sociedade, a codificação de 1916 institucionalizava a visão patriarcal brasileira em todos os níveis sociais e em todos os aspectos da vida civil. Por ter a maior amplitude de aplicação dentre as normas de direito interno, acabou por consagrar expressões pejorativas e preconceituosas, tais quais: “mulher honesta”, “mulher deflorada”; pátrio-poder; chefe da sociedade conjugal etc.

Fomentador do imaginário discriminatório brasileiro, o Código Civil de 1916 continha dezenas de comandos que alocavam a mulher em posição submissa ao homem; por meio da Lei nº 3.071/1916, a mulher raramente gozava de plena liberdade na vida civil, visto que vários de seus atos necessitavam da ratificação. Isso porque, até 1962, vigorou no Brasil a primitiva redação do CC 1916, a qual considerava relativamente incapaz a mulher casada enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Ainda que essa disposição tenha sido revogada, desafiando os normativos de direito internacional²⁶, persistiu até a nova codificação de 2002 a ideia

²⁶ CEDAW General Recommendation No. 21 (1994):

7. When a woman cannot enter into a contract at all, or have access to financial credit, or can do so only with her husband's or a male relative's concurrence or guarantee, she is denied legal autonomy. Any such restriction prevents her from holding property as the sole owner and precludes her from the legal management of her own business or from entering into any other form of contract. Such restrictions seriously limit the woman's ability to provide for herself and her dependents.

androcêntrica de chefia do casal. Ordinariamente, a administração dos bens do casal e dos bens particulares da mulher cabia ao homem. Prevaleceu, ao menos formalmente, até a virada do milênio a faculdade concedida ao marido e aos herdeiros de anular os atos da mulher praticados sem seu consentimento.

Reflexo da visão discriminatória em que foi embasado o CCB, o antigo artigo 233 previu que o homem deveria autorizar a mulher para que esta realizasse atividades cotidianas intrínsecas à liberdade individual²⁷.

As disposições referentes ao direito de família continham a maior carga discriminatória. Essas regras demonstram a mentalidade arcaica na qual se baseou o legislador; visão de mundo essa que se mostrou incompatível com a realidade social brasileira muito antes da edição da Constituição Cidadã e, portanto, exigiu esforço cerebrino dos órgãos julgadores para que fosse promovido tratamento igualitário²⁸.

²⁷ Código Civil 1916: Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato (art. 1.299).

²⁸ O CC trazia, expressamente como causa de anulação do casamento, o defloramento da mulher; esta deveria conservar sua “pureza” e somente se entregar àquele que viesse a ser seu marido. Percebe-se que o conceito de “mulher honesta” era extremamente forte e permeava não apenas o imaginário da sociedade, mas também a própria legislação civil. Inclusive, esse conceito pejorativo perdurou na codificação penal por mais tempo, tendo sido alvo de duríssimas críticas doutrinárias e de órgãos internacionais.

Essa disposição discriminatória, ainda que tenha sido expressamente revogada pela codificação vigente, foi (e é) aceita, em alguns casos, como causa configuradora de erro essencial quanto à pessoa e, portanto, justificante da anulação do casamento. Isto é, encontra-se decisões que tutelaram a demanda de homens que convolveram núpcias com mulher acreditando que esta fosse virgem, porém não sendo; dotados de um viés claramente discriminatório, há casos em que se reconheceu essa causa como suficiente para configurar erro essencial quanto à pessoa, erro grave o qual, se fosse descoberto anteriormente à celebração do negócio jurídico, faria com que o casamento não fosse realizado. Este é um pensamento que se arrasta baseado na cultura androcêntrica e que foi institucionalizada pela Lei 3.074/1916.

Outra expressão que merece destaque é o “pátrio poder”, que era exercido, ordinariamente, pelo marido, como chefe da família, e cujas ordens e mandamentos deveriam prevalecer sobre as divergências de opinião suscitadas pela esposa. Essa expressão etimologicamente remete à figura do pai, relegando a mulher a um segundo plano meramente doméstico. Com a reforma promovida em 1962, pretendeu-se igualar a contribuição dos cônjuges, ou melhor, do “marido e da mulher” na criação dos filhos, entretanto, permitiu que a redação legal fosse marcada pela superioridade masculina em relação à mulher ao estabelecer que “compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher”.

Vale pontuar que essa alteração trouxe pouquíssima utilidade prática, pois, ao mesmo tempo em que se afirmou que ambos contribuem na criação dos filhos, acrescentou-se o parágrafo primeiro ao artigo, o qual impõe que, em caso de divergências, somente prevalecerá a opinião da mulher se essa acatada por um juiz. Na prática, quanto a esse dispositivo, apenas houve alteração no texto, tendo permanecido quase que integralmente o tratamento jurídico dado anteriormente, visto que são pouquíssimos os casos sobre divergência na criação do filho que chegam à esfera judicial.

Em janeiro de 2003, entrou em vigor a nova codificação civil brasileira: a Lei nº 10.406/2002, a qual procurou encaixar-se nas modernas premissas constitucionais. Deu-se atenção especial à questão de gênero e o novo texto eliminou dezenas de dispositivos discriminatórios, sobretudo no que diz respeito ao Direito de Família. Aboliu-se da codificação civil as expressões pejorativas “mulher honesta”, “homem médio”, “defloramento”, bem como reconheceu-se plena igualdade entre os sexos. Introduziram-se conceitos como “direção compartilhada da sociedade conjugal”, em substituição à “chefia masculina”. Substituíram-se os termos “homem” e “mulher” por “cônjuges” ou “pessoas”; esforço que persegue a igualdade de gênero em qualquer aspecto da vida civil e, ainda, abre brecha para que, nesse conceito, estejam albergadas as uniões homoafetivas.

Situações anteriormente problemáticas, como a adoção do nome da mulher pelo marido, por exemplo, encontram guarida na nova Lei. Inclusive, após a EC nº 66/2010 (que extinguiu a figura da separação judicial, substituída pelo instituto do divórcio), tem desaparecido a figura do cônjuge “culpado da separação”. No divórcio, preocupa-se em discutir a partilha dos bens e a guarda da prole; retirou-se a possibilidade jurídica do pedido de exclusão do sobrenome adquirido com o casamento quando essa demanda provier do cônjuge cujo sobrenome fora copiado pelo parceiro(a).

Não há mais dever de que um dos cônjuges sustente o outro, portanto, em caso de divórcio a guarda dos filhos será deferida àquele que, além de demonstrar interesse, tenha melhores condições de atender às necessidades econômicas e afetivas da criança ou adolescente.

A expressão “pátrio poder”, que foi conservada no Estatuto da Criança e do Adolescente e reproduzida no novo CC, foi substituída por “poder familiar” pela Lei nº 12.010/2009. Expressão que se adequa melhor aos preceitos constitucionais de igualdade entre os cônjuges e acolhe as novas concepções de família trazidas pela Lei nº 10.406/2002.

Com as novas disposições acerca do direito de família, reconheceu-se relevância jurídica à união estável, a qual passou a ser tutelada pelo direito tanto quanto a instituição do casamento formal. Da mesma forma, reconheceu-se como entidade familiar, as famílias monoparentais ou simplesmente formadas entre irmãos, permitindo-se extensão às novas concepções familiares dos direitos antes reservados ao casamento tradicional, como a inalienabilidade do bem de família de uma família mononuclear, por exemplo.

Sob o novo prisma constitucional e sob a chancela de igualdade e não-discriminação, os tribunais superiores, antes reticentes à mudança, nos últimos anos, reconheceram a união estável homoafetiva o que gerou precedente para diversos cartórios país afora ampliarem o alcance dado ao Texto Magno e também registrarem o casamento civil homoafetivo ou, de forma discutível, a união estável poligâmica²⁹.

Contudo, apesar desse avanço normativo, persistem ainda na atual codificação pontuais dispositivos que cerceam a liberdade da mulher. É o exemplo da mulher viúva ou a mulher que teve o casamento anulado, que não devem casar (embora possam) até 10 meses após a dissolução da sociedade conjugal, a fim de que seja conservada a presunção de paternidade de eventual prole que surja nesse interregno. É claramente discriminatória essa disposição, o que atrai a antipatia de grande parcela da doutrina que a considera inconstitucional. Com as modernas técnicas de investigação de paternidade, e com a liberdade sexual que hoje se vivencia, é inócua tal regra, pois não garante direito algum a eventual prole.

Ainda assim, o CC foi um grande avanço na luta contra a discriminação e na atualização do sistema normativo brasileiro e no cumprimento dos comandos insculpidos, em especial, nos artigos 15 e 16 da CEDAW. Por isso, a sua edição foi motivo de comemoração e, em 2007, foi lembrado pelo Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW – período 2001 a 2005, exaltando-se o esforço brasileiro pela busca da igualdade³⁰.

²⁹ CEDAW General Recommendation No. 21(1994):

13. The form and concept of the family can vary from State to State, and even between regions within a State. Whatever form it takes, and whatever the legal system, religion, custom or tradition within the country, the treatment of women in the family both at law and in private must accord with the principles of equality and justice for all people, as article 2 of the Convention requires.

14. States parties' reports also disclose that polygamy is practised in a number of countries. Polygamous marriage contravenes a woman's right to equality with men, and can have such serious emotional and financial consequences for her and her dependents that such marriages ought to be discouraged and prohibited. The Committee notes with concern that some States parties, whose constitutions guarantee equal rights, permit polygamous marriage in accordance with personal or customary law. This violates the constitutional rights of women, and breaches the provisions of article 5 (a) of the Convention.

³⁰ “O novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406), sancionado em 10 de janeiro de 2002, e em vigor desde 2003, constitui um avanço na implementação da CEDAW ao acolher o preceito constitucional da igualdade de direitos entre homens e mulheres, e incorporar a igualdade de direitos e deveres conjugais (artigo 226, § 5º). As mulheres no novo Código passam a exercer direitos e deveres baseados na comunhão plena de vida e na igualdade entre os cônjuges. Na ortografia do código anterior, o “homem” estava referido como o representante da humanidade brasileira e, com isto, a “mulher” não necessitava ser citada diretamente, assim, nos termos gerais passou a ser adotada a palavra “pessoas”. A mulher não tem mais de comprovar sua virgindade por ocasião do casamento, para não ser rejeitada e devolvida à sua família com a anulação do casamento.

Por fim, outra codificação duramente criticada e que urgia (e urge) por modificações, é o Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848/1940.

Historicamente, a legislação penal sempre foi mais rígida e mais resistente a mudanças; por tal razão ainda vige uma Lei de ampla aplicação e que tem grande parte de seu texto formulado há mais de setenta anos.

Assim como o Código Civil de 1916, o DL 2.848/1940 também foi editado em época em que os direitos das mulheres eram bastante incipientes; uma época em que o “homem médio” era tido como o pivô da sociedade. Embasado nisso, foram previstos crimes que consagravam a discriminação e, convenientemente, servia de amparo àqueles que dominavam a sociedade.

O comportamento “devido” da mulher era objeto tutelado pelo Estado. Tanto que, o adultério era tipificado como crime, tendo sido expressamente revogado apenas em 2005³¹. Reflexo desse contexto no qual foi editado o CPB, foi a tese da “legítima defesa da honra”, tema introduzido no item I.I deste capítulo.

Os revogados incisos VII e VIII do artigo 107 (revogados também em 2005 por meio da Lei nº 11.106) são o retrato da ideologia da qual o CPB estava carregado³².

O homem que violentasse a mulher tinha sua punibilidade extinta, i.e, escapava impune pelo crime cometido se fizesse da mulher novamente alguém respeitável perante a sociedade,

Os direitos e deveres das mulheres no casamento passaram a ser os mesmos dos homens. Foi abolida a expressão discriminatória “chefia da sociedade conjugal” exercida pelo marido. A regulamentação da responsabilidade repartida entre mães e pais, aboliu a expressão “pátrio poder”, substituindo-a por “poder familiar”, e foi incluída a “união estável”. No novo Código, o casamento poderá ser anulado por vício de vontade, se houver, por parte dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. Nos artigos que tratam dos “regimes de bens” depois do casamento, a mulher não tem mais que provar a “honestidade” para ter direito à herança paterna. Todos os artigos onde as idades de mulheres e homens eram diferenciadas foram reparados e igualados, estabelecendo-se, assim, um equilíbrio entre os sexos. O Código também evoluiu ao incorporar os preceitos constitucionais da igualdade entre homens e mulheres e da igualdade entre direitos e deveres entre cônjuges e companheiros.

Entretanto, muitas questões permanecem em aberto, entre elas, temas atuais e necessários à convivência social como a parceria civil de pessoas do mesmo sexo, citada na lei apenas nos casos de filiação, ou da fecundação artificial, indubitavelmente realidades vividas na sociedade brasileira. Já o adultério – expelido do Código Penal em 2005 – foi conservado no Código Civil, mesmo não motivando mais a separação judicial. O Cônjuge adúltero não está obrigado a deixar de usar o sobrenome do outro ou proibido de receber pensão alimentícia, desde que comprove a necessidade”. (Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW – período 2001 a 2005. página 08).

³¹ Código Penal: Art. 240 – Cometer adultério: Pena – Detenção de quinze dias a seis meses (revogado pela Lei 11.106/2005).

³² Código Penal: Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias da celebração.

pois, àquela época, maior que o gravame provocado pela violência sexual, era a vergonha e desprezo que esta sofreria como solteira e deflorada, maculando sua condição de mulher honesta.

Esse pensamento era destacado nas revogadas disposições gerais do antigo Título VI, nas quais era notável que os crimes contra os costumes tutelavam mais a honra privada que à própria incolumidade físico-psíquica da mulher, uma vez que a ação penal somente seria pública e incondicionada quando resultasse em morte ou lesão corporal grave; caso contrário, a ação deveria ser movida pela própria vítima, quem deveria avaliar a conveniência da vexatória exposição que a persecução penal naturalmente provocaria.³³

Ainda que ação penal fosse de iniciativa pública incondicionada, a ideia que o sistema jurídico fixava era que o bem jurídico “liberdade sexual da mulher” tinha um valor menor que a honra subjetiva³⁴.

Havia o incentivo do próprio sistema jurídico interno para que a mulher casasse com seu violentador, afinal, uma vez consumado o casamento, não haveria prejuízo para a mulher, pois conservaria sua pretensa “pureza”, bem como seria desnecessária a resposta penal ao caso.

A disciplina oferecida pelo CPB e pelo CCB demonstra que o prejuízo estava na dificuldade da mulher em conseguir se casar, tanto que, caso conseguisse, a ação penal nos crimes sexuais praticados sem violência ou grave ameaça dependeria de ratificação pela vítima de seu interesse no prosseguimento do feito.

O Decreto-Lei nº 2.848/1940 carregava em si valores incompatíveis com a nova ordem instituída pela CRFB e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil se tornou signatário. Refletindo a codificação civil, o CPB deixou transparecer sua carga discriminatória, por exemplo, ao afirmar que na posse sexual mediante fraude, somente poderia ser sujeito passivo do tipo penal

³³ Código Penal: Art. 225 – Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, **somente se procede mediante queixa.**

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - **No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.**

³⁴ O CPB refletiu perversamente a disciplina do Código Civil de 1916 que “pretigiou”, em especial, a pureza e ingenuidade da mulher:

Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida:

I. Se, virgem e menor, for deflorada.

II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

III. Se for seduzida com promessas de casamento.

IV. Se for raptada.

Art. 1.549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização. (grifei)

a “mulher honesta”, bem como revelou que a virgindade da mulher, por ser algo desejável e de valor inestimável, era um bem jurídico merecedor de maior tutela, e isso quando não era elementar do próprio tipo penal³⁵: O nome do título VI do Código Penal retratava bem essa percepção: “Dos Crimes contra os Costumes”. Revalado está qual era o bem jurídico mais amplo que se procurava tutelar, o qual, obviamente não era a dignidade sexual da mulher; tutelavam-se os costumes da sociedade androcêntrica.

O título somente foi alterado pela Lei nº 12.015/2009, passando a ser denominado “Crimes contra a Dignidade Sexual” e, portanto, alterando o prisma através do qual devem ser interpretados os dispositivos que tratam do tema.

Conforme se pôde perceber, no que se refere às referências discriminatórias à mulher, as mudanças no corpo do texto do CPB somente ocorreram a partir dos anos 2000. Começou com a Lei nº 10.224/2001, a qual, com o intuito de coibir condutas reprováveis e ainda bastante comuns que prejudicam o ingresso e manutenção da mulher no mercado de trabalho, tipificou a figura do assédio sexual, coadunando-se com as considerações feitas na Recomendação Geral da Comissão CEDAW expedida em 1992³⁶.

Em virtude dessa demora na atualização do Código Penal Brasileiro, o Comitê CEDAW se pronunciou:

O Comitê expressa sua preocupação pelo fato de que o Código Penal contenha ainda várias disposições que discriminam a mulher. Causam preocupação os artigos 215, 216 e 219 em que, para ajuizar ao autor dos delitos que se referem esses artigos, se exige que a vítima seja uma “mulher honesta”. Também causa

³⁵ Código Penal Brasileiro: Art. 215 – Ter conjunção carnal com **mulher honesta**, mediante fraude

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado **contra mulher virgem**, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de dois a seis anos;

Art. 216 – Induzir **mulher honesta**, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal;

Art. 217 - Seduzir **mulher virgem**, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança;

Art. 219 - **Raptar mulher honesta**, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso. (destaquei)

³⁶ Recomendação Geral da Comissão CEDAW, 1992:

17. Equality in employment can be seriously impaired when women are subjected to gender-specific violence, such as sexual harassment in the workplace.

18. Sexual harassment includes such unwelcome sexually determined behaviour as physical contact and advances, sexually coloured remarks, showing pornography and sexual demand, whether by words or actions. Such conduct can be humiliating and may constitute a health and safety problem; it is discriminatory when the woman has reasonable grounds to believe that her objection would disadvantage her in connection with her employment, including recruitment or promotion, or when it creates a hostile working environment.

preocupação que no artigo 107, em que são abordados os “crimes contra os costumes”, seja prevista uma diminuição da pena se o autor contrair matrimônio com a vítima ou se esta contrair matrimônio com terceiro. O Comitê tem conhecimento de que anteprojetos de lei de reforma do Código Penal estão sendo discutidos no Congresso Nacional.

O Comitê aconselha ao Estado-Parte que dê prioridade à reforma das disposições discriminatórias contidas no Código Penal, sem demora, a fim de que fique em concordância com a Convenção, e leve em conta as recomendações gerais do Comitê, em particular a Recomendação Geral 19, referente à violência contra a mulher³⁷.

Algumas das referidas reformas foram concluídas, impulsionadas pela pressão da bancada feminista exercida em 2004 (Ano da Mulher no Brasil – instituído pela Lei nº 10.745/2003)³⁸. Dentre elas, encontra-se a Lei nº 11.106/2005, a qual alterou substancialmente o Título VI, a começar pelo nome de seu capítulo V: “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas” (substituiu-se o termo “mulheres” por “pessoas”, seguindo a mesma linha traçada pelo Código Civil de 2002).

Essa reforma trouxe para essa parte do ordenamento o princípio da igualdade de gênero e, conseqüentemente, os tipos penais ali previstos, salvo o estupro, passaram a ser aplicados indistintamente a homens e mulheres. E, para que isso fosse possível, atualizou-se a redação dos tipos penais extirpando as elementares e/ou agravantes “mulher honesta” e “mulher virgem”³⁹.

Essa reforma foi mencionada como atuação em favor da luta contra a discriminação quando do VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:

Com respeito à recomendação 4, que aconselha que se dê prioridade à reforma das disposições discriminatórias contidas no Código Penal destaca-se, no

³⁷ Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Participação do Brasil na 29 Sessão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2004. Série de Documentos. p. 92

³⁸ Em 2004, estimuladas pela Lei que criou o Ano da Mulher no Brasil (Lei 10.745/2003), as deputadas, na Câmara Federal, e as senadoras no Senado Federal, instituíram as respectivas Comissões do Ano da Mulher. A atuação dessas comissões serviu para impulsionar a discussão sobre os temas das mulheres dentro do Congresso Nacional, com a realização de audiências públicas e a aprovação de legislações que defendem e promovem os direitos das mulheres” (VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW; 2005. p. 10).

³⁹ Por questão de coerência, foram revogados diversos tipos que eram aplicados somente às mulheres, sendo os mais emblemáticos as figuras do adultério, sedução e do rapto, bem como restaram revogadas as causas de extinção de punibilidade citadas alhures.

âmbito legislativo, a aprovação, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, no dia 24 de fevereiro de 2005, de sete artigos do substitutivo do Senado ao Projeto de Lei 117/2003, da Deputada Iara Bernardi, que modificam o Código Penal retirando a expressão “mulher honesta”; excluindo a tipificação do crime de adultério; alterando o título de uma parte do Código, que passa a ser “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas” no lugar de “Dos Crimes contra os Costumes”, como consta atualmente. Este projeto será encaminhado à sanção presidencial (página 17).

Permaneceu entretanto, diferenciação entre homens e mulheres no que se refere ao crime de estupro. Tecnicamente, “estupro” somente importava em conjunção carnal (penetração vaginal), portanto, à época, somente era aplicável às mulheres, enquanto as outras formas de abuso sexual eram absorvidas pelo tipo penal “atentado violento ao pudor”⁴⁰.

Também se manteve a natureza da ação penal, de iniciativa privada. Permanecia o ônus do violentado de provar a violência sexual sofrida, caminho extremamente pedregoso, tendo em vista que, geralmente, a vítima está em posição de hipossuficiência em relação ao agressor, inconsistências somente corrigidas em 2009 com a edição da Lei nº 12.015, a qual consagrou a inversão dos valores protegidos pelo Título VI ao alterar seu nome de “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Agora, o bem jurídico tutelado deixou de ser eminentemente privado e, conseqüentemente, a persecução penal passou a ser promovida pelos órgãos públicos.

Por uma questionável questão de sensibilidade com os pudores íntimos da vítima, que pode preferir evitar a exposição que naturalmente decorre de um inquérito e um processo criminal, manteve-se a exigência de representação do ofendido, ou seja, a ação penal passou a ser, em regra, pública e condicionada à representação.

A Lei nº 12.015/2009, por fim, terminou o que a Lei nº 11.106/2005 iniciou: no Título VI da Parte Especial, não há mais crimes cujo sujeito passivo somente possa ser a mulher, pois, a partir de então, unificaram-se as figuras típicas de “estupro” e “atentado violento ao pudor”,

⁴⁰ Código Penal Brasileiro:

"Estupro

Art. 213 – Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.”

configurando um único tipo penal aplicável indistintamente (bem como restou superada a dúvida acerca de em qual tipo penal se enquadraria a violência sexual contra transexuais e transgêneros).

Esse conjunto de alterações caminha para o efetivo cumprimento do disposto na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Todavia, ainda restam no Código Penal alguns crimes que carregam em si elementares que apontam para gênero específico. Embora não sejam crimes sexuais, ainda carregam indesejável diferenciação entre homens e mulheres dentro da própria Lei. O mais emblemático e criticado tipo penal destinado às mulheres, dessa vez como agentes do crime, é a figura típica “aborto”, previsto no artigo 124.

O comitê CEDAW expressou-se sobre o tema há cerca de dez anos, em 2003: “Também expressa preocupação pelas condições de saúde das mulheres de grupos desfavorecidos e pela elevada taxa de abortos clandestinos e suas causas vinculadas às pobreza, à exclusão e à falta de acesso à informação, entre outras”. (Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. Participação do Brasil na 29 Sessão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW (Série de Documentos). 2003. p. 97)⁴¹⁴².

O Código Penal, embora ainda seja considerado pela maioria da doutrina como uma legislação retrógrada e alienada ao contexto em que vivemos, avançou muito no que se refere ao tratamento igualitário entre homens e mulheres. Certamente há ajustes a serem promovidos (alguns deles, recomendados pela comunidade internacional inclusive, foram apontados neste subtópico), mas é eminente o avanço conquistado na expurgação da codificação dos conceitos e

⁴¹ Essa preocupação foi reproduzida no Contra-Informe da Sociedade Civil à CEDAW em 2007:

“No Brasil, segundo o Código Penal, o aborto é considerado crime contra a vida, não sendo punido somente em duas circunstâncias(...) Entretanto, estudos do Instituto Alan Guttmacher sobre estimativas sobre o número de abortos clandestinos indicam haver ocorrência anual de 1.443.350 abortamentos. Estas estimativas atribuem em torno de 85% das internações por aborto no SUS a complicações derivadas de abortos provocados ou clandestinos.

[...]

Inste o Estado-Parte a empreender medidas legislativas com vistas à revisão da legislação atual restritiva e punitiva, a fim de proteger mulheres dos efeitos dos abortos clandestinos e inseguros e assegurar que as mulhere não recorram a tais procedimentos prejudiciais à saúde e à sua vida. Recomende a sensibilização dos prifissionais de saúde para o efetivo cumprimento da Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento, reduzindo a violência institucional cometida contra as mulheres nos hospitais brasileiros” (Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW – período 2001 a 2005. 2007. pp. 34-35 e 39)

⁴² General Recommendation No.24 (1999):

31. States parties should also, in particular

(c) Prioritize the prevention of unwanted pregnancy through family planning and sex education and reduce maternal mortality rates through safe motherhood services and prenatal assistance. When possible, legislation criminalizing abortion could be amended to remove punitive provisions imposed on women who undergo abortion;

elementares discriminatórias e afirmadoras da supremacia masculina típica do contexto em que essa Lei material foi editada.

I.IV. Violência contra a Mulher

Todas as alterações legais trazidas até então, de alguma forma, objetivaram desconstruir o quadro discriminatório em que se encontrava a mulher. Entretanto, nenhuma delas abordou incisivamente o combate à violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Visto que as mulheres, durante largo período, estiveram reclusas às atividades do lar, o **locus** em que as diversas espécies de agressão são praticadas (com naturalidade) é justamente o ambiente doméstico. Ou seja, os agressores, na maioria dos casos, são pessoas (não apenas os homens) com quem as mulheres convivem⁴³. Trata-se de violência baseada no gênero, porque o agressor se vale da perspectiva de inferioridade à qual a mulher está submetida (seja física, econômica ou moralmente) para lhe causar dano⁴⁴. E, por isso, não é um fenômeno que está restrito à determinada classe social, etnia ou padrão educacional, manifestando-se em todos os grupos⁴⁵ (apesar de a maior preocupação concentrar-se nos grupos mais desfavorecidos, nos quais o conhecimento acerca dos próprios direitos é mais limitado).

Os conflitos domésticos costumavam encerrar-se no ambiente doméstico e, por vezes, de forma trágica. Popularizou-se o bordão “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”. Consoante as lições de Maria Berenice Dias e Thiele Lopes Reinheimer:

Agressor e agredida firmam um pacto de silêncio que o livra de punição. Estabelece-se um verdadeiro círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. Mas a ausência de uma barreira faz a violência só aumentar.

⁴³ Na década de 1980, pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – constatou que ocorrem no lar mais de sessenta por cento dos casos de agressões físicas cujas vítimas são mulheres. Revelou também que, em regra, os autores são homens com estreita relação afetiva com a vítima.

⁴⁴ Violência doméstica é “entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral e/ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher – página 22).

⁴⁵ CEDAW Recomendação Geral No. 19 (1992):

23. Family violence is one of the most insidious forms of violence against women. It is prevalent in all societies. Within family relationships women of all ages are subjected to violence of all kinds, including battering, rape, other forms of sexual assault, mental and other forms of violence, which are perpetuated by traditional attitudes (...) These forms of violence put women's health at risk and impair their ability to participate in family life and public life on a basis of equality

A ideia sacralizada da família e da inviolabilidade do domicílio serviam de justificativa para impedir qualquer tentativa de coibir o que acontecia dentro do lar. A família era vista como “entidade inviolável” não se sujeitava a qualquer interferência, tampouco a da Justiça, o que tornava a violência invisível⁴⁶.

Preocupados com esse nicho social carente de tutela e acompanhando a comunidade internacional, o movimento feminista brasileiro iniciou a luta pelo reconhecimento do problema, bem como pela formulação de políticas legislativas e públicas para seu enfrentamento.

Seguindo a mesma trilha da peleja pelo reconhecimento dos demais direitos das mulheres e pela promoção da igualdade entre os gêneros, pode-se pontuar que “as primeiras conquistas do movimento feminista junto ao Estado para implementação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento à violência doméstica contra mulheres datam da década de 1980. Em 1985, justamente na culminância da Década da Mulher declarada pela ONU, é inaugurada a primeira Delegacia de Defesa da Mulher e criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNMD), por meio da Lei nº 7.353/1985”.

As Delegacias de Defesa da Mulher (DDMs), projeto iniciado em São Paulo e expandido por todo o território nacional devido ao sucesso de sua implementação, contribuiu espetacularmente para a divulgação e problematização da violência doméstica contra a mulher no Brasil. Com o incentivo institucional oferecido pelas DDMs (pessoal capacitado, bem como tratamento humanizado e livre de estereótipos), as mulheres em situação de violência sentiram-se incentivadas a denunciar seus agressores.

Aos poucos, a violência doméstica transcendia a esfera privada e ingressava na tutela da esfera pública. Outrossim, a comunidade internacional percebeu que a proteção da mulher deveria disciplinar esse tema bastante banalizado no contexto de discriminação. Passou-se a incentivar que os Estados promovessem mecanismos de combate à violência contra a mulher.

Embora, em um primeiro momento, a CEDAW não estivesse voltada diretamente ao combate a esse problema, várias de suas recomendações volveram-se para o assunto⁴⁷. Nesse sentido, bastante impactantes foram as recomendações feitas através da Recomendação Geral Nº

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice, e REINHEIMER, Thiele Lopes. A violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos – Art. 6º (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris: 2011. p. 198).

⁴⁷ CEDAW Recomendação Geral No. 19 (1992):

1. Gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men.

19, expedida pelo Comitê CEDAW em 1992, a qual, além de tratar especificamente acerca do tema da violência contra a mulher, foi incisiva em incentivar a atuação dos Estados-Partes contra a violência doméstica e familiar⁴⁸.

O tema foi trazido para o centro das agendas internacionais repercutindo nos tratados que vieram a ser assinados nos anos seguintes. Dentre essas normas internacionais, estão a Declaração e Programa de Ação de Viena (junho de 1993) e IV Conferência Mundial da Mulher (Beijing, 1995), as quais reafirmaram a preocupação com as diversas formas de discriminação e violência contra as mulheres. Conforme explicado em tópico anterior, a Declaração de 1993 firmou o direito das mulheres como parte integrante do rol de Direitos Humanos e das atividades das Nações Unidas, bem como afirmou o direito à vida livre de discriminação e violência⁴⁹.

Acompanhando essas normas de direito internacional, sobreveio, em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará –, a qual se voltou especificamente para a violência contra a mulher e procurou incitar meios de ação para coibir a violência praticada no âmbito doméstico e familiar. Referida convenção tem importância ímpar na edição da Lei nº 11.340/2006 na medida em que a

⁴⁸ CEDAW General Recommendation nº 19:

4. The Committee concluded that not all the reports of States parties adequately reflected the close connection between discrimination against women, gender-based violence, and violations of human rights and fundamental freedoms. The full implementation of the Convention required States to take positive measures to eliminate all forms of violence against women.

24. In light of these comments, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women recommends that:

(a) States parties should take appropriate and effective measures to overcome all forms of gender-based violence, whether by public or private act;

(b) States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity. Appropriate protective and support services should be provided for victims. Gender-sensitive training of judicial and law enforcement officers and other public officials is essential for the effective implementation of the Convention;

(r) Measures that are necessary to overcome family violence should include:

(i) Criminal penalties where necessary and civil remedies in cases of domestic violence;

(t) States parties should take all legal and other measures that are necessary to provide effective protection of women against gender-based violence, including, inter alia:

(i) Effective legal measures, including penal sanctions, civil remedies and compensatory provisions to protect women against all kinds of violence, including inter alia violence and abuse in the family, sexual assault and sexual harassment in the workplace”;

⁴⁹ Declaração e Programa de Ação de Viena (1993): 18. Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>

Organização dos Estados Americanos (OEA) declarou a omissão do Brasil no cumprimento de seus preceitos⁵⁰.

Foi reafirmado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (órgão da OEA), na Convenção de 1994, o que foi trazido pela Convenção de Viena do ano anterior, i.e, reafirmou-se que **a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos** e constitui-se em uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre os gêneros.

Merece especial destaque uma das formas de violência caracterizadas na referida Convenção: a violência perpetrada ou tolerada pelo Estado e seus agentes, onde quer que ocorra. Enfatiza o comando – expedido quando da Recomendação Geral N° 19 do Comitê CEDAW – que os Estados-Partes respondem pela violência praticada por seus agentes, na forma de violência institucional, independentemente da esfera de poder ou esfera federativa em que ocorra, bem como pela violência praticada pelos agentes privados e não reprimida pelos agentes estatais, o que gera (através da omissão em investigar e punir a conduta, bem como em promover reparação) estímulo à perpetuação da conduta discriminatória.

As normas internacionais pactuadas, juntamente com as recomendações gerais e específicas do Comitê CEDAW, contribuíram para impulsionar as mudanças legislativas e jurídicas relatadas alhures, uma vez que, conforme foi exaustivamente frisado, a violência é a manifestação da discriminação de gênero incrustada em inúmeros aspectos da sociedade civil⁵¹.

Curioso foi o cenário jurídico desenhado com a vigência da Lei nº 9.099/1995, a qual instituiu os Juizados Especiais com os objetivos de agilizar a atuação do Judiciário e concentrar as causas menos complexas cujo valor da demanda seja limitado a 40 (quarenta) salários mínimos – no que toca aos Juizados Especiais Cíveis – ou causas cuja pena máxima cominada ao crime não seja superior a dois anos (crimes de menor potencial ofensivo) – no que toca aos Juizados Especiais Criminais.

Foi uma Lei aclamada pela crítica jurídica, pois adequa-se à moderna doutrina penalista que vê a falência do sistema penitenciário e procura medidas alternativas ao encarceramento.

⁵⁰ Um sadismo: um país ser condenado por descumprimento de uma norma internacional expedida na sessão realizada logo em seu próprio território. Demonstra bem o porquê da preocupação da comunidade internacional com o posicionamento órgãos estatais brasileiros no entendimento e aplicação das normas de direito internacional.

⁵¹ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher:

Artigo 7 – Os Estados-Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e empenhar-se em: e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

Com isso, estimulou-se a aplicação das penas restritivas de direitos (artigo 43 do Código Penal Brasileiro) ou, visando à reintegração do criminoso à sociedade e à manutenção da primariedade, incentivou-se a aplicação do **sursis** penal ou processual (artigos 77 e seguintes do CPB e artigo 89 da Lei nº 9.099/1995).

Surgiu uma situação paradoxal.

A violência doméstica consiste, em grande parte dos casos, em delitos de lesão corporal leve (quando não a contravenção penal de vias de fato) ou se trata de crime de ameaça, cujas penas máxima cominadas correspondem a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção respectivamente – artigo 129, **caput**, e artigo 147, **caput**, ambos do CPB. Portanto, sujeitam-se a esses tipos a Lei dos Juizados Especiais e seus institutos despenalizadores.

Em ambos os casos, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por multa simples, sem cumulação de penas. A imposição de obrigação pecuniária pode resultar em penalização para a própria vítima, pois, na maioria dos casos de violência doméstica, a ação provém de um membro da família. Consequentemente, se a multa é aplicada a este, o pagamento do valor impacta no orçamento familiar global, prejudicando os demais membros, entre eles, a vítima.

Essas singularidades criaram um quadro de desestímulo à denúncia e banalizador da violência doméstica. Caso o ofensor viesse a ser condenado, este deveria apenas “pagar uma cesta básica” na maioria dos casos. Esse panorama foi densamente criticado pelos juristas e pela mídia por gerar impunidade⁵²; a pena ou medida alternativa aplicada deixava de cumprir o objetivo intimidativo do Direito Penal que preza pela coibição da repetição da conduta pelo restante da sociedade, punindo-se o praticante.

O paradoxo maior encontra-se no conflito conceitual estabelecido entre o direito interno e o internacional (que não deixa de se integrar ao ordenamento pátrio). Enquanto a comunidade internacional e o movimento feminista digladiavam pelo reconhecimento da violência contra

⁵² “A atuação dos magistrados nos espaços por eles configurados em arenas institucionais, embora perca a coercitividade e a força vinculante própria do exercício da jurisdição, mantém-se como poder persuasório para a sociedade, em razão da representação funcional destes atores, a de definidores da legalidade, como agentes decisórios da lei. [...] O discurso jurídico tem se orientado segundo padrões morais pré-estabelecidos para homens e mulheres refletindo o tratamento histórico penal diferenciado por gênero, sobretudo quando envolvidos em crime domésticos. Enfatizam que o Poder Judiciário ratifica papéis e hierarquias sociais que dizem respeito à estrutura política das relações entre os sexos, não demonstrando, na prática de suas decisões, a neutralidade que afirma caracterizar sua ação”. [LAVIGNE. Rosane Reis. .Caso FONAJE: o ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais no processo de elaboração da Lei Maria da Penha (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 69 e 72)].

mulher – em especial a violência doméstica – como ato violador dos direitos humanos, de elevada potencialidade lesiva e como ferramenta de perpetuação da discriminação de gênero; a Lei dos Juizados Especiais e o CPB reconheciam os crimes de lesão corporal leve e ameaça como infrações de menor potencial ofensivo, sujeitas à repressão menos rígida.

Outro alegado retrocesso provocado pela Lei nº 9.099/1995 foi estabelecido em seu artigo 69. Nos delitos de menor potencial ofensivo, não mais era necessário a formalização de inquérito policial nem as diligências que tipicamente são realizadas na fase pré-judicial; a autoridade policial deve lavrar tão somente termo circunstanciado e encaminhar autor e vítima ao Juizado Especial e, somente se houver necessidade, deverá proceder a exames periciais.

Com isso, as DDMs perderam muito de sua utilidade, visto que o tratamento humanizado e específico para as mulheres, na maioria dos casos, era dispensado, porque a autoridade policial pouco deveria imiscuir-se no litígio⁵³.

Vítima, réu e Ministério Público passaram a ser colocados frente a frente com o juiz em uma constrangedora situação para a mulher, a qual não obtia resposta jurisdicional efetiva⁵⁴

Nos vocábulos de Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho:

A Lei 9.099/95, ao definir os delitos em razão da pena cominada e não do bem jurídico tutelado, não compreendeu a natureza diferenciada da violência doméstica. Essa (in)compreensão jurídica tem como consequência a banalização da violência de gênero, tanto pelo procedimento inadequado quanto pelas condições impostas na composição civil e na transação penal. As possibilidades

⁵³ “A Lei dos Juizados Especiais esvaziou as Delegacias da Mulher, que passaram tão só a lavrar termos circunstanciados e encaminhá-los a juízo. Na audiência preliminar, a conciliação mais do que proposta, era imposta pelo juiz, ensejando simples composição de danos. Não obtido o acordo, a vítima tinha o direito de representar. No entanto, esta manifestação era feita na presença do agressor, o que constrangia a mulher e contribuía para o arquivamento de 70% dos processos. Mesmo feita a representação, e sem a participação da ofendida, o Ministério Público podia transacionar a aplicação de multa ou pena restritiva de direito”. [Dias, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.440/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 28].

⁵⁴ “De modo geral, teoricamente, a Lei 9.099/1995 apresenta uma solução rápida para o conflito, permitindo a sua composição sem a interferência punitiva do Estado, e reforça a possibilidade de aplicação de penas alternativas à prisão. Para muitos, representa um avanço em termos do Direito Penal, considerando-se as partes como tendo o mesmo poder para aceitar ou não a conciliação.

No entanto, levando-se em consideração a natureza do conflito e a relação de poder presente nos casos de violência doméstica contra as mulheres, explicitada no texto da Convenção de Belém do Pará, a Lei 9.099/95 acabava por estimular a desistência das mulheres em processar seus maridos ou companheiros agressores e, com isso, estimulava, também, a ideia de impunidade presente nos costumes e na prática que leva os homens a agredirem as mulheres”. [BASTERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de advocacy feminista (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 27-28)]

de escuta da vítima mostram-se falaciosas devido à diminuição de sua intervenção na discussão sobre os termos da composição civil e, sobretudo, da transação penal⁵⁵.

Essa incompatibilidade entre os JECrim e os casos de violência doméstica foi inclusive destacado no anteprojeto encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 2004:

O Juizado Especial Criminal a partir de sua previsão constitucional no art. 98, foi criado para julgar as ações penais não superiores há dois anos, mediante procedimento sumaríssimo e com possibilidade de transação penal.

Os números mostram que, hoje, 70% dos casos julgados nos Juizados Especiais Criminais são de violência doméstica. A Lei 9.099/95, não tendo sido criada com o objetivo de atender a estes casos, não apresenta solução adequada uma vez que os mecanismos utilizados para averiguação e julgamento dos casos são restritos.

A Justiça Comum e a legislação anterior também não apresentaram soluções para as medidas punitivas nem para as preventivas ou de proteção integral às mulheres. Examinando-se o modo pelo qual a violência doméstica era tratada pela Justiça Comum, a pesquisa de Carrara, Vianna e Enne realizada no Rio de Janeiro de 1991/1995, “mostra que a Justiça condena apenas 6% dos casos de lesão corporal contra as mulheres, enviados pelas Delegacias da Mulher para a Central de Investigações, encarregada da distribuição às Varas Criminais⁵⁶.

[destaquei]

Em meio a esse turbilhão, sobreveio o caso Maria da Penha Maia Fernandes (Caso 12.051) – divisor de águas para a mudança de postura do Estado. Não que este tenha sido um caso particular e isolado, mas foi a fotografia que embasou a denúncia⁵⁷ de grave violação dos direitos humanos oferecida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – órgão da OEA –

⁵⁵ CAMPOS, Carmen Hein, e CARVALHO, Salo. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e grantismo. Disponível em:

⁵⁶ Anteprojeto disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2668B89522DC02843D3E6A65A20061E5.node2?codteor=256085&filename=PL+4559/2004

⁵⁷ A denúncia foi oferecida, em conjunto, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL), Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e pela própria Maria da Penha.

contra a República Federativa do Brasil em agosto de 1998 e que apontou brechas institucionais e culturais que permitiam a discriminação contra a mulher⁵⁸.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos pontuou:

As agressões domésticas contra as mulheres são desproporcionalmente maiores do que as que ocorrem contra homens. Um estudo do Movimento Nacional de Direitos Humanos no Brasil compra a incidência de agressão doméstica contra mulheres e contra homens e mostra que, nos assassinatos, havia 30 vezes mais probabilidade de as vítimas do sexo feminino terem sido assassinadas por seu cônjuge, que as vítimas do sexo masculino. A Comissão constatou, em seu Relatório Especial sobre o Brasil, de 1997, que havia uma clara discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e da jurisprudência da Corte Suprema do Brasil.

[...]

Nesse relatório também se faz referência a diferentes estudos que comprovam que, nos casos registrados em estatísticas, estas mostram que somente parte dos delitos denunciados são atualmente investigados. Em 1994, em São Paulo, de 86.815 queixas apresentadas por mulheres agredidas domesticamente, somente foram iniciadas 24.103 investigações policiais, segundo o referido relatório. Outros relatórios indicam que 70% das denúncias criminais referentes à violência doméstica contra mulheres são suspensas sem que cheguem a uma conclusão. Somente 2% das denúncias criminais de violência doméstica contra

⁵⁸ Maria da Penha, em 1983, foi vítima de tentativa de homicídio por parte do seu então marido, quem efetuou disparos de arma de fogo enquanto ela dormia, tendo esta sobrevivido à agressão apenas por fingir-se morta, interrompendo a conduta homicida do agente.

Apesar da tentativa de levá-la a óbito, Maria da Penha corroborou a história sustentada pelo marido de que a agressão proviera de uma tentativa frustrada de roubo contra a residência do casal. Assim, os cônjuges voltaram a coabitar. Por justificável temor da reação de seu cônjuge, a vítima relutava em pedir a separação, uma vez que, conforme relatado, o agressor era agressivo, violento, bígamo e constantemente agredia esposa e filhas durante o período em que durou o matrimônio

Não satisfeito com a agressão concretizada, duas semanas após a vítima ter alta médica, o agressor promoveu o segundo atentado contra sua então esposa em recuperação ao tentar eletrocutá-la durante o banho.

Das lesões, resultaram paraplegia irreversível, além de outros traumas físicos e psicológicos, resultando em grave estado de dependência para que possa executar as mais simples tarefas cotidianas. Com isso, a vítima decidiu-se, por fim, denunciar o marido e requereu a separação litigiosa.

O Ministério Público, em 1984, munido de contundentes elementos probatórios que sustentavam a intenção homicida do marido e a materialidade do fato, ofereceu denúncia ao judiciário cearense. Apesar da substância dos elementos de prova apresentados, somente em 1991 (oito anos após o fato) o júri pronunciou-se pela condenação do réu, cuja pena foi fixada em 10 (anos) de reclusão.

Foi interposta apelação, a qual foi julgada procedente e determinou-se a realização de novo júri. Novamente o Conselho de Sentença pronunciou-se pela condenação e, sucessivamente, foi interposto outro recurso de apelação e que pendia de julgamento até a data do oferecimento da denúncia à OEA (mais de 15 anos após o fato).

mulheres chegam à condenação de seu agressor (Relatório da Universidade Católica de São Paulo, 1998).

[...]

Além disso, como foi demonstrado anteriormente, essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistemática. (...) Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade, para punir esses atos⁵⁹.

Por todo o exposto, a CIDH recomendou ao Brasil que prosseguisse e intensificasse o processo de reforma a fim de que fossem evitados tratamentos discriminatórios com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. Especificamente com o intuito de coibir a violência doméstica, também recomendou:

- a) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo;
- b) Estabelecer 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.

As recomendações feitas pela Organização dos Estados Americanos em abril de 2001 reverberaram nas transformações do direito interno brasileiro. O reconhecimento pela comunidade internacional de que o caso 12.051 não é caso isolado foi usado como diapasão pelas feministas a fim de propulsionar a luta pela igualdade material e a coibição de uma das mais perversas formas de violência de gênero.

Aproveitando-se clareira aberta pela CDIH, foram editadas algumas Leis que alteraram pontualmente a disciplina dos Juizados Especiais no tratamento aos casos de violência doméstica⁶⁰.

⁵⁹ Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório 54/2001. Caso 12.051.

⁶⁰ Não menos expressivas que as demais leis, foram editadas também: a Lei 10.683/2003 [criou a Secretaria de Políticas para as Mulheres, dotada de **status** ministerial, Atendendo à urgente necessidade de formulação de políticas públicas voltadas para as mulheres]; a Lei 10.745/2003 [instituiu o ano de 2004 como o ano da mulher no Brasil, estimulando a criação de comissões temáticas tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados a fim de que fossem discutidas alterações e inovações legislativas para promoção da mulher]; e a Lei 10.778/2003 [constituiu objeto de notificação compulsória, em todo o território nacional, a violência contra a mulher atendida em serviços de

Visando a amenizar as críticas lançadas pelas feministas, primeiramente, a Lei nº 10.455/2002 modificou o artigo 69 da Lei nº 9.099/1995 e incluiu em seu texto a medida cautelar de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Superveio a Lei nº 10.886/2004, que criou o tipificou a violência doméstica. Esta lei incluiu os §§ 9º e 10 ao seu artigo 129, os quais previram penas maiores às lesões praticadas contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

À nova modalidade de lesão corporal leve era cominada pena de até 1 (um) ano de detenção e, pela disposição topológica dos parágrafos, a ela não se aplicaria a disposição do § 5º, não podendo a pena ser substituída por multa. Todavia a violência doméstica ainda permaneceu como crime de menor potencial ofensivo e sujeito à disciplina dos JECrim, bem como a seus institutos despenalizadores.

Não obstante os esforços despendidos⁶¹, permaneceu o “legado de impunidade da Lei nº 9.099/1995 que, destinada a tratar delitos de menor potencial ofensivo, considerava os crimes de maior incidência contra as mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares, produzindo efeitos negativos ao tratar da problemática, banalizando-a” (Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Brasileiro à CEDAW – Período 2001-2005 – 2007, página 06).

Demonstrando a insuficiência das medidas adotadas, a questão da violência doméstica contra a mulher foi tema novamente abordado quando da 29ª Sessão do Comitê CEDAW em 2003. Este Comitê recomendou ao Brasil que adotasse medidas necessárias para combater a violência contra a mulher, punisse os agressores e prestasse serviços às vítimas, bem como que adotasse uma lei sobre a violência doméstica.

Visando ao atendimento das recomendações internacionais, o Poder Executivo expediu o Decreto Presidencial nº 5.030/2004, criando Grupo de Trabalho Interministerial para (em parceria

saúde públicos e privados, entendendo que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica, bem como aquela que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual].

⁶¹ Não se olvide que foi justamente a partir das recomendações expedidas pela OEA que sobrevieram importantes conquistas para as mulheres e já detalhadas anteriormente: a edição do Novo Código Civil Brasileiro; as reformas no Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro; a tipificação do assédio sexual; a Emenda Constitucional 45/2004; Emenda Constitucional 66/2010, etc.

com Organizações Não-Governamentais, com órgãos do Poder Judiciário e Legislativo e com o Ministério Público) elaborar proposta legislativa para coibir a violência doméstica

Resultado desse esforço conjunto foi um anteprojeto de lei apresentado pela Presidência da República e que, amparado pelo § 8º do artigo 226 da Constituição Federal⁶², previa uma política afirmativa contra a violência doméstica.

Com o anteprojeto de lei enviado ao Congresso Nacional – atuado sob o epíteto Projeto de Lei nº 4.559/2004 –, procurou-se incrementar o processo especial ao qual são submetidas as infrações de menor potencial ofensivo; pretendia-se agregar medidas especiais ao tratamento da violência doméstica⁶³, conforme se depreende da exposição de motivos:

Ficou consignado, no artigo 10, que a autoridade policial ou agente devem comparecer, de imediato, ao local do fato e adotar as medidas de proteção cabíveis para o atendimento da vítima. Essa alteração visa trazer para o procedimento especial da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, alguns dos aspectos do inquérito previstos no Código de Processo Penal, uma vez que o Termo Circunstanciado, em vigor, ao privilegiar o princípio da informalidade, termina por impedir uma visão mais abrangente da situação fática pela autoridade julgadora.

Outros procedimentos inovadores, em relação à Lei 9.099/95, são atribuídos ao agente e à autoridade policial após o registro do fato, entre os quais, o colhimento das provas necessárias ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias, as oitivas da vítima, do agressor e das testemunhas, quando houver, determinando que se proceda ao exame de corpo de delito e os exames periciais necessários.

⁶² Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º - 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.

⁶³ Pretendeu-se promover a igualdade material por meio de “ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas” (Galvão, Elaine - Vocabulário referido a Gênero. Londrina: FAO/FIAT/PANS, 2003,pg 47).

A presente proposta mantém a celeridade do previsto na Lei 9.099/95, mas altera o procedimento do Juizado Especial Criminal em razão da especificidade dos casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres⁶⁴.

Não obstante a limitação aos institutos despenalizadores e apesar de incrementar especificidades ao procedimento, o Projeto de Lei ainda relegava aos Juizados Especiais a competência para processamento dos crimes de violência doméstica com penas máximas cominadas inferiores a dois anos. Permanecia o anacronismo sustentado pela bancada feminista. Apesar de se tratar de um grave caso de violação de direitos humanos reconhecido pela comunidade internacional, o Brasil insistia em tratar as lesões e ameaças produzidas com violência doméstica como pertencentes à seara dos crimes de menor potencial ofensivo.

Por tal motivo, em 2005, a então deputada Jandira Feghali, relatora do PL na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), apresentou substitutivo ao texto, aprovado por unanimidade na comissão temática. No substitutivo apresentado, foi proposta a separação entre os Juizados de Violência Doméstica e os Juizados Especiais, proibindo-se expressamente a aplicação dos institutos tipicamente utilizados nos últimos. Aliado a isso, também foi sugerido aumento da pena cominada à lesão corporal produzida em situação de violência doméstica ou familiar, retirando-se esse tipo penal dos delitos de menor potencial ofensivo.

Propôs-se também alteração na Lei nº 9.099/1995 a fim de que, independentemente da pena cominada ao delito, não pudesse ser considerado delito de menor potencial ofensivo aquele cometido com uso de violência doméstica ou familiar e, portanto, impossibilitando a aplicação da Lei dos Juizados Especiais.

Conforme trazido pela Relatora do PL na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), a então deputada Iriny Lopes, o Projeto trouxe “medidas de caráter processual, objetivando tornar mais célere e eficaz o julgamento dos processos que envolvam violência doméstica (artigos 13 a 19), bem como estabelece o aumento de pena para o crime de violência doméstica (art. 52)”⁶⁵.

⁶⁴Projeto de Lei 4559/2004 disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=360819&filename=Tramitacao-PL+4559/2004

⁶⁵Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer da Relatora ao PL 4.559/2004, p. 2. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=360819&filename=Tramitacao-PL+4559/2004

No mesmo sentido foi ressaltado pelo então deputado Antonio Carlos Biscaia em voto separado propondo alterações no texto do Projeto de Lei:

De qualquer forma, é evidente a inadequação dos Juizados Especiais para o julgamento dos crimes de violência contra a mulher; sua sujeição ao procedimento ordinário nas varas criminais, entretanto, ainda que com as disposições especiais propostas, também não se afigura como a solução ideal.

A instituição de Juizados voltados exclusivamente ao tratamento desses crimes é que abre a perspectiva de melhoria na prestação jurisdicional, tornada possível pela especialização e por uma estrutura de apoio multidisciplinar, que trate todos os aspectos da questão⁶⁶.

Apesar da apresentação de novo substitutivo pela relatora na CCJ, a nova ideia trazida acima foi mantida na redação final do PL 4.559-C/2004 que foi enviado para apreciação ao Senado Federal em março de 2006 sob o epíteto Projeto de Lei da Câmara nº 37/2006⁶⁷.

O PLC 37/2006 não sofreu alterações materiais e o texto foi encaminhado para sanção presidencial. Aos oito dias do mês de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340 – Lei Maria da Penha, cujas algumas particularidades serão destrinchadas à frente.

⁶⁶ Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Voto em Separado ao PL 4.559/2004(deputado Antônio Carlos Biscaia), pp. 5-6. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=361747&filename=Tramitacao-PL+4559/2004.

⁶⁷ “Relatório Global do Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher – UNIFEM, intitulado “Progresso das Mulheres no Mundo – 2008/2009”, que teve lançamento no Brasil em 30 de março de 2009, aponta a Lei Maria da Penha como uma das três legislações mais avançadas para enfrentamento da violência contra as mulheres no mundo.[LAVIGNE, Rosane Maria Reis. Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Judiciário. (In Direitos Humanos e o Poder Judiciário no Brasil. p. 202. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4180/Direitos%20Humanos%20e%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20no%20Brasil.pdf?sequence=5>].

CAPÍTULO II.

APLICAÇÃO E AMPLITUDE DA LEI

Apesar de o texto da Lei Maria da Penha ser cristalino em alguns pontos, em torno de outros pululavam rebuliços e interpretações heterogêneas que, inclusive, colocaram em xeque a própria constitucionalidade da norma.

Essas incertezas (ou divergências) acerca dos critérios de aplicação da Lei nº 11.340/2006 ecoam nas estatísticas oficiais do governo, conforme pode se inferir da seguinte matéria:

Levantamento feito pelo iG no banco virtual do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do MJ, mostra que cerca de dois mil homens são presos anualmente por agredirem suas parceiras. Em meio ao comportamento violento masculino, 140 mulheres foram detidas nos últimos cinco anos por - nos dizeres da lei - “causarem morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” contra pessoas que convivem no mesmo ambiente familiar⁶⁸(grifo acrescido)⁶⁹.

Além da digressão histórica acerca das conquistas feministas, para substanciar a tese central deste trabalho é interessante uma análise dos requisitos e particularidades que tem desenhado o **framework** de incidência da norma em questão.

Principiando, à época de sua edição, controversa era a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006. A dissonância alcançou o Supremo Tribunal Federal, onde foram protocoladas Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF e Ação Direta de Costitucionalidade 19/DF, visando à obtenção de resposta firme e definitiva.

A crítica que pugnava pela inconstitucionalidade reclamava que o afastamento dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher dos JEs traria um injustificável quadro de desigualdade.

Em 2012, as ações foram julgadas e a constitucionalidade da Lei pacificada. Os Ministros, acompanhando o voto do relator e repisaram o decidido no Habeas Corpus 106.212/MS:

⁶⁸ Tribuna da Bahia. Notícia veiculada em 24/5/2013. Disponível em: <http://www.tribunadabahia.com.br/2013/05/24/140-mulheres-na-cadeia-foram-presas-pela-lei-maria-da-penha-em-todo-pais>

⁶⁹ As estatísticas podem ser confirmadas através do portal do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>

afastaram a aplicação da Lei nº 9.099/1995 relativamente aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista ao tipo.

Consoante proferido pelo relator da ação, Ministro Marco Aurélio Melo, “no caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III – o direito fundamental da igualdade – artigo 5º, inciso I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – artigo 5º, inciso XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência dos Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros”⁷⁰.

Fruto da polêmica que envolveu a constitucionalidade da Lei surgiram as seguintes questões: uma vez que a mulher não é a única que possa se encontrar em situação de violência doméstica, quem deve ser tutelado pela novel disciplina jurídica? E em face de quem?

Uma vez reconhecida a juridicidade da Lei nº 11.340/2006 e sua compatibilidade com a CRFB bem como com os tratados internacionais firmados pelo Brasil, não restam dúvidas à afirmação de que esta norma se destina a proteger mulheres. O polo passivo deve ser preenchido por uma mulher sem que, com isso, seja ferido o princípio da igualdade.

Mas a proteção especial não é destinada a qualquer mulher. “Mulheres em situação de violência doméstica ou familiar”⁷¹ não se trata de um dado aferido tão somente através dos elementos “mulher” e “violência doméstica ou familiar”. É pacífico entendimento de que esta é uma Lei de gênero, logo, tem sido interpretada através do prisma de proteção da mulher agredida em perspectiva de gênero.

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF; Voto do Relator (min. Marco Aurélio Melo), p. 5.

⁷¹ “Questão curiosa que parece despercebida na literatura jurídica sobre a Lei Maria da Penha é a da intencional mudança provocada pela expressão “mulheres em situação de violência doméstica” em contraposição ao termo “vítimas” de violência. A mudança operada pela Lei é mais do que um mero recurso linguístico e tem por objetivo retirar o estigma contido na categoria “vítima”. (...) A expressão “mulheres em situação de violência doméstica” foi consolidada e indica a recuperação da condição de sujeito. Ao mesmo tempo, a expressão permite perceber o caráter transitório desta condição, fato que projeta o objetivo da Lei, que é a superação da situação momentânea de violência em que vivem as mulheres”. (CAMPOS, Carmen Hein de, e CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146).

A fixação de competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar depende da **averiguação de discriminação fruto da concepção androcêntrica** de sociedade que se deseja expurgar. Mais, a fim de delimitar o âmbito de aplicação, a jurisprudência identificou os conceitos “**vulnerabilidade**” e “**hipossuficiência da vítima em relação ao agressor**”. Essa é posição incontroversa no Superior Tribunal do Justiça:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO ENTRE AUTORES E VÍTIMA. COABITAÇÃO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal afirmou que o legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, teve em conta a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. Ainda, restou consignado que o escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade/vulnerabilidade diante do homem ou de outra mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade (CC n. 88.027/MG, Ministro Og Fernandes, DJ 18/12/2008).

4. A intenção do legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso, e não de relações transitórias, passageiras, sendo desnecessária, para a comprovação do aludido vínculo, a coabitação entre o agente e a vítima ao tempo do crime.

[...]

(STJ , Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/08/2013, T6 - SEXTA TURMA)⁷²

Conforme sintetizado pelo ministro Sebastião Reis Júnior, quando da relatoria do HC 181.246 – RS, primeiramente, para que o Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar tenha competência, faz-se necessário a ocorrência de “três requisitos distintos, quais sejam: a) a violência tenha sido praticada contra mulher; b) o fato tenha se dado no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou decorrente de relação íntima de afeto e, por último. c) que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher”⁷³.

⁷² De igual modo pode ser percebido no TJDF: TJ-DF - CCR: 230284520118070000 DF 0023028-45.2011.807.0000, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 27/02/2012, Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/03/2012, DJ-e Pág. 46.

⁷³ Da mesma forma se extrai do HC 175.816 – RS, no qual entendeu-se que “a incidência da Lei 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade”.

Se sólido é o entendimento acerca da figura alocada no sujeito passivo, a delimitação do agente agressor, para fixação da competência dos novos juizados, ao contrário, gera alguma controvérsia, ainda que pouco vultosa.

Um primeiro posicionamento filia-se à interpretação mais restrita de aplicação da LMP. Esta norma, consoante visto, foi fruto de uma política de igualdade de gênero e visa ao fortalecimento da mulher na sociedade e, assim, somente seria correta sua aplicação aos casos que envolvessem violência entre diferentes sexos. Se é uma lei que visa à igualdade material, portanto, deve ser aplicado nos casos em que há flagrante desigualdade entre as partes envolvidas; o que o JVDF coíbe é a submissão da **mulher ao homem**.

Essa linha ampara-se na técnica de redação, pela qual foram usados os termos “agressor” repetidas vezes. Enfatiza-se o termo masculino positivado no texto. Caso a intenção do legislador fosse dar abrangência maior ao agente agressor, teria utilizado-se de termo genérico e englobaria diversas hipóteses, conforme o fez, por exemplo, a Lei nº 9.099/1995.

A aplicação da Lei nº 11.340/2006 a casos de violência entre parceiras homoafetivas ou entre parentes do mesmo sexo, por exemplo, seria, por essa tese, injustificável desvinelamento de uma situação de iguais. Faltaria, nesses casos, a hipossuficiência ou vulnerabilidade decorrente da questão de gênero. Ainda que seja reconhecida algum traço de vulnerabilidade entre as partes, decorre de motivação diversa da que a Lei pretende coibir.

Pronunciou-se dessa forma o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando do julgamento do Conflito de Jurisdição 70046682498:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE MAUS TRATOS PRATICADO PELA MÃE CONTRA O CASAL DE FILHOS. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI 11.340/06. O ARTIGO 5º DA LEI MARIA DA PENHA CONFIGURA COMO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER TODA ESPÉCIE DE AGRESSÃO (AÇÃO OU OMISSÃO), BASEADA NO GÊNERO, ISTO É, NA CONDIÇÃO HIPOSSUFICIENTE DA MULHER, QUE LHE CAUSE MORTE, LESÃO, SOFRIMENTO FÍSICO, SEXUAL OU PSICOLÓGICO E DANO MORAL OU PATRIMONIAL, IMPORTANDO EM VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, INDEPENDENTE DA HABITUALIDADE DA AGRESSÃO. NO CASO, MAUS TRATOS PRATICADOS PELA MÃE CONTRA FILHOS, A HIPOSSUFICIÊNCIA DAS VÍTIMAS DECORRE DA CONDIÇÃO DE SEREM CRIANÇAS – PELA IDADE - E NÃO EM FACE DA VULNERABILIDADE DE GÊNERO NUMA RELAÇÃO INTRAFAMILIAR. HAVENDO ESTATUTO PRÓPRIO DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA, **NÃO SE PODE APLICAR INDISTINTAMENTE UMA LEI CRIADA COM A FINALIDADE DE PROTEGER A MULHER DA VIOLÊNCIA**

MASCULINA, EM RAZÃO, PRINCIPALMENTE, DA SUA INFERIORIDADE FÍSICA. ALIADO A ISSO, A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA SÓ OCORRE QUANTO AOS FATOS PRATICADOS POR HOMEM CONTRA MULHER, O QUE INOCORRE IN CASU, DEVENDO O FEITO SER APRECIADO PELO JUÍZO COMUM SUSCITADO.

CONFLITO NEGATIVO JULGADO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. [destaque acrescido]

Embora este acórdão tenha afastado a incidência da Lei nº 11.340/2006 por ausência da motivação de gênero e não propriamente por a agressão ter ocorrido entre gêneros idênticos, o voto do relator, desembargador Francesco Conti, deixa transparecer o posicionamento delineado nos últimos parágrafos⁷⁴:

Assim, depreende-se que a Lei Maria da Penha tem dois aspectos: o objetivo (físico-espacial), no qual a Lei se direciona especialmente a combater os fatos ocorridos no âmbito doméstico, familiar ou intrafamiliar; e o subjetivo, no qual a Lei se preocupa com a proteção da mulher, contra os atos de violência praticados por homens com os quais ela tenha ou haja tido uma relação marital ou de afetividade, ou ainda por qualquer pessoa com quem ela conviva no âmbito doméstico e familiar, quais sejam: o pai, o irmão, o cunhado, etc⁷⁵.

[...]

Todavia, cabe ressaltar que, mesmo não desconhecendo o posicionamento em sentido diverso no que diz com a interpretação da palavra “gênero” constante no texto do dispositivo supramencionado, perfilho do entendimento de que se qualifica como violência de gênero aquela praticada por pessoa do sexo masculino contra mulher – hipossuficiência física –.

Por oportuno, registro que inobstante o fato tenha ocorrido no seio da família, praticado, em tese, pela mãe das vítimas – esta figurando como sujeito ativo da violência -, não se constata a fragilidade e a hipossuficiência proveniente do gênero, condições sine qua non para a aplicação diferenciada da Lei 11.340/06.

⁷⁴ Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito de Jurisdição 70046682498. Voto do Relator, des. Francesco Conti, pp, 4-6. Fevereiro de 2012.

⁷⁵ SOUZA, Sergio Ricardo de. **Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais.** Curitiba: Juruá, 2007, p. 36-37.

Assim, a competência para julgamento do feito é do juízo comum/suscitado – 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria.⁷⁶

No entanto, a posição partilhada pela maior parte da Jurisprudência é que a incidência da Lei Maria da Penha não se restringe às agressões ocorridas entre gêneros distintos.

Segundo essa linha teórica, a Lei visa a coibir a violência contra a mulher e pouco importa o gênero do agressor, razão pela qual o artigo 5º, ao delimitar a violência doméstica e familiar, utilizou-se dos termos “pessoas” e “indivíduos”. No parágrafo único, inclusive, foi realçado que as relações de convívio descritas pelos incisos anteriores independem da orientação sexual da ofendida, o que reforça o entendimento de que o agente pode ser também do sexo feminino, desde que a agressão esteja envolvida na perspectiva de gênero.

Conforme entendimento trazido pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência 88.027/MG, “Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade”⁷⁷.

Significativo ponderar que a violência de gênero se embasa em um conceito “devido” do papel da mulher da sociedade, o qual é ensinado, principalmente, no seio da família. A coerção por algum desvirtuamento do padrão provém não somente do pai ou marido, mas também de irmãos, irmãs, mães, avós etc. Portanto, a visão do papel “devido” à mulher não se restringe aos olhos masculinos, mas permeia todos os atores sociais.

⁷⁶ Da mesma forma posicionou-se o desembargador Ivan Leomar Bruxel, quando redator do Conflito de Jurisdição 70037954187.

⁷⁷ Como pontuou o min. Og Fernandes: “O sujeito ativo da violência doméstica tanto pode ser o homem, quanto a mulher, em virtude de o parágrafo único do art. 5º estabelecer que as relações pessoais independem de orientação sexual.

Para Luiz Flavio Gomes: Sujeito ativo da violência pode ser qualquer pessoa vinculada com a vítima (pessoa de qualquer orientação sexual, conforme o art. 5º, parágrafo único): do sexo masculino, feminino ou que tenha qualquer outra orientação sexual. Ou seja: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da violência; basta estar coligada a uma mulher por vínculo afetivo, familiar ou doméstico: todas se sujeitam à nova lei. Mulher que agride outra mulher com quem tenha relação íntima: aplica a nova lei. A essa mesma conclusão se chega: na agressão de filho contra mãe, de marido contra mulher, de neto contra avó, de travesti contra mulher, empregador ou empregadora que agride empregada doméstica, de companheiro contra companheira, de quem está em união estável contra a mulher etc.” (GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Aline. Competência Criminal da Lei de Violência contra a Mulher II).

O sujeito passivo é a mulher, uma vez que a violência perpetrada pressupõe uma relação caracterizada pelo poder e submissão sobre a mulher. Resguarda-se a primazia da mulher apenas enquanto vítima, uma vez que seria inaceitável que, no mesmo ambiente doméstico ou familiar, o neto que agrida a avó esteja sujeito às regras da Lei Maria da Penha, enquanto que a neta, que pratique os mesmos atos não se submeta às mesmas regras”.

Sintetizando, até então demonstrou-se que a LMP é aplicável quando a hipótese envolver: **violência doméstica ou familiar** contra **mulher** em **situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência** em relação ao agressor e praticada sob uma **perspectiva de gênero**.

Marco Aurélio Belizze, quando da relatoria do **Habeas Corpus** 175.816 – RS, pontuou:

A Lei nº 11.340/2006 criou um microsistema que se identifica pelo gênero da vítima, ficando restrita às relações íntimas de afeto. Para os demais casos de violência – envolvendo relação de parentesco entre irmãos, tios, sobrinha, avós, bem como aquela envolvendo patrão e empregada – já existem regras, mormente no âmbito do Código Penal, para penalizar os agressores, não se justificando, em relação a estes, a proteção especial conferida pela Lei nº 11.340/06.

Em síntese, a incidência da Lei nº. 11.340/2006 reclama a constatação da presença concomitante da violência de qualquer natureza praticada contra mulher em situação de vulnerabilidade, por motivação de gênero e praticada por parceiro ou parceira em relação íntima de afeto, fator que, por razões culturais, não eram objeto de tutela penal suficiente, efetiva e adequada.

Se assim fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida Lei, inviabilizando-se, inclusive, o funcionamento do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

(grifos do original)

Não é escopo do presente trabalho avaliar se as restrições trazidas com os conceitos “vulnerabilidade”, “hipossuficiência” ou “perspectiva de gênero” são devida (a LMP não faz qualquer referência a eles). Não será feita crítica a esse **framework** desenhado jurisprudencialmente. Por ora, basta a concepção descritiva de que a Lei é destinada a um grupo (mais ou menos abrangente) e exclui outros grupos do seu âmbito de aplicação.

Portanto, foram consideradas excluídas do **framework** de atuação as situações que não contemplem qualquer desses elementos. Por exemplo⁷⁸, escapam à guarida da Lei nº 11.340/2006 as agressões perpetradas contra idosas, crianças e adolescentes (oprimidos em face de sua idade – sem perspectiva de gênero) ou a agressão motivada por deficiência física/mental da vítima. São público que mereceram preocupação dos órgãos internacionais e que igualmente sofrem de violência doméstica.

⁷⁸ Veja: STJ: HC 176.196 – RS; HABEAS CORPUS Nº 175.816 – RS; CC 88.027-MG; CC 95.057-MG; HABEAS CORPUS 175.816 - RS. TJDF: Acórdãos 694053; 694052; 682932; 683135; 683134.

Ciente desse vácuo de proteção em que se encontram outros grupos vulneráveis da sociedade, parcela da doutrina e jurisprudência tem defendido a aplicação das medidas protetivas de urgência (MPUs) fora do contexto em que ordinariamente são deferidas.

As MPUs são medidas cautelares que visam a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional final, visam a assegurar a integridade físico-psíquica da mulher em situação de violência doméstica, bem como de outros membros da família que são afetados indiretamente pelas agressões. A Lei Maria da Penha arrolou nos artigos 22 a 24 espécies das referidas medidas:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável

pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Uma das veredas que admitem a extensão dessas medidas foi pormenorizada na decisão proferida em fevereiro de 2011 pelo juiz da Segunda Vara Judicial do Rio Grande do Sul (comarca de Rio Pardo) Osmar de Aguiar Pacheco⁷⁹. Invocando o princípio constitucional da

⁷⁹ Observe também no TJMG: APC 1.0672.06.225305-5/001 – Comarca de Sete Lagoas. Relator: Judimara Biber.

igualdade, o juiz reconheceu a incidência da LMP e a competência do JVDF para processar agressão perpetrada contra homem por sua ex-companheira⁸⁰.

Contudo, o prisma adotado nessa decisão não merece prosperar. O Supremo Tribunal Federal declarou, tanto por meio de controle concentrado quanto por meio do controle difuso, a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006 e da segregação promovida por esta. Portanto, uma lei destinada às mulheres não fere o princípio da igualdade e da isonomia.

Mais. As normas internacionais às quais o Brasil manifestou adesão e citadas na sustentação do PL nº 4.559/2004 direcionam a legislação específica para a proteção da mulher. Direcionamento que visa à promoção do acesso à justiça eficiente e eficaz, bem como acesso aos meios de reparação e prevenção de dano provenientes da violência doméstica e familiar.

Rememore-se o argumento utilizado pelo ministro Marco Aurélio Belizze, quando da relatoria do **Habeas Corpus** 175.816 – RS. Caso a Lei Maria da Penha fosse aplicada indistintamente a todas as mulheres (em situação de vulnerabilidade ou não) ou a todos os grupos discriminados, inviabilizar-se-ia o funcionamento do JVDF.

“Rede de Atendimento” é um conceito fundamental inscrito na Política Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar⁸¹ e “consiste na atuação articulada entre instituições/serviços governamentais e não-governamentais e a comunidade, visando à ampliação e melhoria da qualidade do atendimento, à identificação e ao encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência e ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção. A

⁸⁰ “Destarte, não é só a mulher que sofre violência. Todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o direito não pode permitir.

Dessa visão do direito como mecanismo legítimo para alcance da paz social, há de se buscar o mandamento da Magna Carta de que “todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, “caput”) na sua correta exegese, a de que, em situações iguais, as garantias legais valem para todos. Vale dizer, portanto, de que todo aquele vítima de violência, quando mais de ordem doméstica, merece a proteção da lei, ainda que evidentemente do sexo masculino.

A seu turno, a vedação constitucional de qualquer discriminação e mesmo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, insculpido no art. 1º, III, da Carta Política, obrigam que se reconheça a união homoafetiva como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação.

Nesse quadro, verifica-se com clareza que E. S. N., enquanto sedizente vítima de atos motivados por relacionamento recém findo, ainda que de natureza homossexual, tem direito à proteção pelo Estado prevista no direito positivo.

Isso posto, reconheço a competência do Juizado de Violência Doméstica, inserido nesta Segunda Vara Judicial, decreto a medida protetiva de proibição a A. A. F. de aproximar-se a menos de 100 metros de E. S. N. e determino a reunião com o processo 2.10.0002235-6, investigativo que tomará o procedimento da Lei 11.340/2006”. (Decisão disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1004.pdf>).

⁸¹ Presidência da República. Secretaria de Política para as Mulheres. Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres. Disponível em: http://www.campanhapontofinal.com.br/download/informativo_03.pdf.

constituição da rede de atendimento visa a dar conta da complexidade da violência contra as mulheres e do caráter multidimensional do problema, que perpassa diversas áreas”⁸².

Ao serem introduzidos casos estranhos aos parâmetros delineados pela norma, seria perdido o atendimento humanizado e especializado da rede de atendimento, porquanto o jurisdicionado não estaria inserido na mesma perspectiva discriminatória. O aparato administrativo disponibilizado às vítimas visa a dar suporte às mulheres vítimas de violência e em situação de risco; portanto esse conjunto está despreparado para lidar com público que sofre outras formas de discriminação. A consequência seria prejudicial para as mulheres e, em contrapartida, seria ineficaz para os demais jurisdicionados.

Corroborando esse raciocínio, foi expressamente recomendado pela Organização dos Estados Americanos que o Brasil prosseguisse na intensificação do processo de reforma que evitasse a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que toca à violência doméstica contra a mulher. De modo especial – observando-se sempre os direitos e garantias do devido processo legal –, **foi recomendado que o Estado simplificasse os procedimentos judiciais a fim de que pudesse ser reduzido o tempo processual gasto até o oferecimento da tutela definitiva** e, também, foi recomendada a formulação de alternativas rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como foi sugerida formulação de políticas de sensibilização acerca da gravidade e das consequências que a violência doméstica e familiar geram. Essa foi uma das razões principais pela qual foi oferecido o substitutivo ao PL 4.559/2004 pela dep. Jandira Feghali; procurou-se separar o procedimento dos JVDfs dos JECs, a fim de que fosse garantida a celeridade necessária para julgamento do feito. O ingresso de todas as causas que envolvessem violência doméstica na competência dos JVDfs os tornariam semelhantes aos Juizados Especiais Criminais à época da edição da Lei. Haveria número elevado de processos e perder-se-ia a rapidez desejável para a entrega de uma tutela jurisdicional satisfatória.

Esse dado aliado ao risco de os JVDfs perderem o caráter simbólico do qual são dotados: mostrar à sociedade que a violência contra a mulher é algo intolerável e merecedor de atenção especial e específica. Perder-se-ia a efetividade da política feminista consagrada nessa Lei, i.e, o intuito de extirpar da cultura brasileira o machismo e patriarcalismo tão enraizado restaria ameaçado pela perda de foco de atuação da rede de atendimento.

⁸² CASTILHO, Ela Wiecko de. Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 9º. (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 238).

Outrossim, enxergando o caso sob a ótica garantista do direito penal, aplicar a LMP – com todos seus desdobramentos – além das mulheres configura clara violação ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que a Lei, ao inovar o procedimento, afastou os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/1995, bem como firmou-se entendimento de que a ação penal é considerada pública incondicionada nos crimes de lesão corporal leve. O acusado perderia, através da aplicação analógica, meios preciosos de defesa de sua liberdade de locomoção, o que traz aversão aos doutrinadores e juristas mais garantistas. Por esta razão, decisões que aplicam a LMP homogeneamente a homens e mulheres são facilmente atacadas através do remédio **Habeas Corpus**.

Por todo o exposto, a visão do juiz de Rio Pardo não merece prosperar. A aplicação integral da Lei a casos intrinsecamente diferentes comprometeria a eficiência, eficácia e efetividade da norma e dos órgãos criados para pô-la em prática. Através desse filtro, certa é a posição dominante que restringe o jurisdicionado alvo conforme critérios específicos, ainda que alguns desses critérios possam ser questionados.

Entretanto, não encontrar guarida na referida Lei, não presume que alguns de seus dispositivos não tenham aplicação quando individualmente considerados. Até então, falou-se da aplicação da Lei Maria da Penha tida como **monolito**, um conjunto de partes indissociáveis – um fato jurídico é abraçado pela Lei e a esta é submetido ou, diametralmente contrário, recebe guarida exclusivamente das demais normas do ordenamento. Apesar de ser de aplicação bastante restrita, a Lei nº 11.340/2006 não pode ser considerada uma chave, somente útil para a correspondente fechadura. Esta norma contém dispositivos que extrapolam o microuniverso que pretende tutelar, isto é, algumas regras positivadas por meio de seu texto são aplicáveis a contexto diverso daquele considerado típico.

Corroborando o entendimento de que a extensão da norma transcende seu âmbito de incidência, tem-se o artigo 44 da LMP, o qual majorou a pena máxima prevista no §9º do artigo 129 do Código Penal Brasileiro. Diferentemente das alterações promovidas pelos arts. 42 (criou hipótese de decretação de prisão preventiva no art. 313 do CPP⁸³) e 43 (deu nova redação ao art. 61, II, alínea f, do CPB⁸⁴), a alteração trazida no artigo 44 da Lei em questão não trouxe – ao

⁸³Art. 313. IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, **nos termos da lei específica**, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

⁸⁴Art. 61. II. f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher **na forma da lei específica**;

menos não expressamente – uma especificidade para os casos de violência doméstica praticada contra a mulher. O último artigo limitou-se a modificar os limites do preceito secundário da sanção penal⁸⁵.

Heterogeneamente às outras alterações, não se reservou o novo **quantum** da pena somente às hipóteses de aplicação da Lei que trata de violência doméstica contra a mulher. Por isso, surgiu uma divergência de entendimento acerca do alcance dessa nova redação.

Por um lado, se a Lei nº 11.340/2006 fosse tida como um inteiro, aplicada somente aos casos por ela especificados, a nova pena não se destinaria às lesões não abrangidas pelo contexto típico. Teria havido tão somente uma omissão legislativa da expressão “nos termos da lei específica” ao final da nova redação. O intérprete deveria entender a restrição de forma implícita⁸⁶. Por outro lado, há a lição que prega não ter havido omissão, sendo o propósito da norma aplicar o novo preceito secundário indistintamente a quaisquer caso da modalidade de lesão corporal prevista naquele parágrafo, independentemente de estar albergado pela tutela específica.

Sendo normas de mesma hierarquia, não há irregularidade na modificação do preceito secundário promovida por uma lei de gênero⁸⁷. Firmou-se o entendimento de que a aplicação da nova redação extrapola as hipóteses típicas da Lei nº 11.340/2006 e não atraem automaticamente o julgamento do feito para o Juizados de Violência Doméstica e Familiar⁸⁸.

⁸⁵ Código Penal Brasileiro. Artigo 129 –§ 9º. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

⁸⁶ Esse tem sido o embasamento de teses defensivas, conforme consta do voto do relator do Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** 27.622-RJ, ministro Jorge Mussi:

“Sustenta o patrono do recorrente que a exordial acusatória seria inepta, em razão da errônea capitulação jurídica dada aos fatos ali narrados.

Assere que a atual redação do § 9º do artigo 129 do Estatuto Repressor tem origem na Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual teria por escopo tutelar a violência perpetrada apenas contra a mulher. Por tal razão, a referida norma não poderia ser aplicada no caso, pois a suposta agressão teria sido praticada contra um homem.

Defende que antes da citada alteração legislativa, a violência doméstica era considerada crime de menor potencial ofensivo, passível de transação penal, razão pela qual a incidência da reforma introduzida pela Lei Maria da Penha deveria se restringir apenas aos casos de agressão praticada contra mulher”.(grifo acrescido)

⁸⁷ TJDF - CCP: 10289020078070000 DF 0001028-90.2007.807.0000, Relator: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 20/08/2007, Câmara Criminal: “A Lei n. 11.340/2006, lei posterior e da mesma hierarquia, ao dar nova redação ao § 9º do art. 129, CPB (agravamento da sanção) não fez distinção alguma em relação ao sujeito ativo; daí porque, neste particular, não se pode concluir tenha a nova lei violado o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres (inciso I do art. 5º, CF)”.

⁸⁸ Percebe-se essa aplicação em outras decisões mais recentes do TJDF: Conflitos de Competência 20070020010280, 20100020142684 (acórdão 478.754) e 20120020100677 (acórdão 598.282); Apelações Criminais

No Superior Tribunal de Justiça, o ministro Jorge Mussi, no voto do Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** 27.622, pronunciou-se:

Com efeito, não obstante a Lei n. 11.340/06 tenha sido editada com o escopo de tutelar com mais rigor a violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico, não se verifica qualquer irregularidade no acréscimo de pena operado pelo legislador ordinário no preceito secundário do § 9º do artigo 129 do Código Penal.

Na verdade, o referido diploma alterador foi introduzido no ordenamento jurídico para tutelar as desigualdades encontradas nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, e embora tenha dado enfoque à mulher, na maioria das vezes em desvantagem física frente ao homem, não se esqueceu dos demais agentes destas relações que também se encontram em situação de vulnerabilidade, como os portadores de deficiência, a exemplo do §11 do artigo 129 do Código Penal, também alterado pela Lei n. 11.340/06.

Assim, embora as suas disposições específicas sejam voltadas à mulher, não é correto afirmar que o apenamento mais gravoso dado ao delito de lesões corporais praticado no âmbito das relações domésticas seria aplicável apenas quando a vítima fosse de tal gênero, pelo simples fato desta alteração ter se dado pela Lei n. 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, mormente porque observada a pertinência temática e a adequação da espécie normativa modificadora.(grifos acrescidos)⁸⁹

A manutenção do preceito primário redigido em termos genéricos parece atender a intenção da norma e do sistema, a fim de que esteja mantida a tendência do CPB de não prever tipos penais destinados a determinado sexo com exclusividade.

Ora, seria tráfegar na contramão da atualização normativa mostrada anteriormente, bem como seria uma afronta às recomendações internacionais. O esforço legislativo feito nas últimas décadas direciona-se a expurgar do ordenamento jurídico as diferenças de gênero presentes nas

20120810083260 (acórdão 693.983/2013) e 20080310204335 (acórdão 415.238). No mesmo sentido, também o Tribunal de Justiça gaúcho: Apelações Criminais 70040734105, 70041779976 e 70038627282.

⁸⁹ Seguindo o mesmo raciocínio – STJ - CC 101272 PR 2008/0261936-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 16/02/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO: [...] 2. Assim, **retirou-se a possibilidade de o crime em questão** [lesões corporais leves praticadas contra descendente] **ser julgado pelo Juizado Especial Criminal, ainda que se trate de lesão leve ou culposa (porquanto não há qualquer ressalva nesse sentido no dispositivo supra citado), em face do disposto no art. 61 da Lei 9.099/90, que define como de menor potencial ofensivo apenas os crimes e as contravenções penais a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.**

normas destinadas a público genérico e, para isso, têm sido revogados os tipos cujos sujeitos passivo ou ativo sejam caracterizados pelo sexo, coadunando-se às recomendações da ONU e da OEA que buscam a máxima efetividade dos direitos humanos⁹⁰.

Apesar de estar inscrita no bojo de uma lei específica de gênero, a alteração promovida no CPB transcende os limites de aplicação da LMP anteriormente delineados⁹¹.

De modo semelhante, temos o conceito de família trazido pelo artigo 5º da LMP. A Lei nº 11.340/2006, ao fazer referência às modernas espécies de família, foi utilizada para substanciar o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva. Com base nela, sustentou-se o argumento de que o sistema jurídico pátrio evoluíra para reconhecer direitos iguais a quaisquer uniões afetivas, pouco importante os sexos das partes envolvidas⁹².

Não se cogita que as novas espécies de família somente sejam consideradas no âmbito de incidência da Lei nº 11.340/2006, desvinculando essa percepção do restante do ordenamento.

Nesses trilhos, encontra-se a problemática central deste trabalho: a aplicação tão somente das medidas protetivas de urgência previstas pelos artigos 22 a 24 da Lei Maria da Penha ao jurisdicionado não abarcado pelos filtros da lei, mas também carente da defesa por parte do Estado enquanto garantidor dos direitos fundamentais e provedor de mecanismos que concretizem a igualdade material.

Crítica robusta feita ao legislador é justamente a falta de isonomia evidenciada pela LMP, na medida em que esta confere uma série de instrumentos de proteção à mulher ao mesmo tempo em que revela uma omissão legislativa: ausência de armas semelhantes às quais grupos também historicamente discriminados possam se socorrer. Dentre esses grupos, v.g, podem-se citar os homossexuais, os portadores de necessidades especiais, os idosos, as crianças e adolescentes.

Atentos à situação de vulnerabilidade que se destacou, juízes em diferentes comarcas aplicaram MPUs (somente essa parte da LMP) ao público atípico. Conforme se percebe das seguintes notícias:

⁹⁰ Veja, a título de ilustração, o ocorrido com os crimes contra a dignidade sexual que sofreram significativas alterações até o ano de 2009. Retirou-se a causa de aumento de pena do crime quando cometido contra mulher virgem e a elementar mulher honesta, bem como foram unificados estupro e atentado violento ao pudor em única figura típica penal a fim de que o preceito primário não discriminasse os gêneros.

⁹¹ O aumento do máximo da pena cominada para os crimes de lesão corporal praticados com violência doméstica (não somente contra a mulher), como se pode imaginar, ocorreu com um pretexto simbólico; i.e, com o intuito de excluir esse crime da competência dos Juizados Especiais Criminais e deixá-lo fora do alcance dos institutos despenalizadores, afastando toda treva de dúvidas. Reforçou-se a ideia de que a violência doméstica é uma violação dos direitos humanos e, portanto, não deve ser encarada como delito de menor potencial ofensivo.

⁹² Veja os Recursos Especiais: 827962/RS; 1183378/RS; 889852/RS e 1026981/RJ.

Com base na Lei Maria da Penha, a Justiça do Rio Grande do Sul concedeu medida protetiva a um homem que afirma estar sendo ameaçado por seu ex-companheiro. [...] Além de proibir a aproximação do companheiro que ameaçou a vítima, o juiz reconheceu a competência do Juizado de Violência Doméstica para cuidar do processo⁹³.

O juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal da Capital, aplicou a Lei Maria da Penha (11.340/2006), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em um caso de lesão corporal envolvendo um casal homossexual. Na decisão, o juiz concedeu a liberdade provisória ao réu, sem o pagamento de fiança, mediante termo de compromisso, segundo o qual ele deverá manter uma distância de 250 metros do seu companheiro.⁹⁴

O entendimento que prevalece hoje nas cortes judiciais é de que a 11.340/2006 não deve abraçar casos atípicos, visto que não foi a **mens legis** tutelar além do público feminino. Pela maioria da doutrina, a Lei não se aplica pelos motivos já expostos e cujos argumentos repiso.

Entretanto [repetindo], **àquele momento, a lei era vista como um átomo**, i.e, aplicava-se em sua totalidade ou, caso contrário, era afastada. Doravante, analisa-se a matéria referente a dispositivos específicos, os quais podem (talvez) ser aplicados de forma analógica e se integrar ao restante do ordenamento jurídico – afastados da competência dos JPDFs, do procedimento especial criado e do suporte oferecido pela rede de atendimento.

Foi colocado que as medidas protetivas de urgência são instrumentos cautelares das quais dispõe o juízo. Defende-se, com base na analogia e no poder geral de cautela, que o órgão judiciário poderia inovar no ordenamento e prever medida cautelar semelhante (ou idêntica a depender da hipótese) às MPUs.

⁹⁵Veja, por exemplo, o acórdão proferido pela Segunda Turma Recursal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso ainda em 2009 quando do julgamento do **Habeas Corpus** 6.313/2008:

HABEAS CÓRPUS. MEDIDAS PROTETIVAS, COM BASE NA LEI Nº. 11.340/2006, A CHAMADA LEI MARIA DA PENHA, EM FAVOR DO

⁹³ Folha de São Paulo, notícia de 25/2/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/881133-juiz-aplica-lei-maria-da-penha-para-casal-homossexual-no-rs.shtml>

⁹⁴ Conselho Nacional de Justiça, notícias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/14081:lei-maria-da-penha-e-aplicada-em-acao-envolvendo-casal-gay>

⁹⁵ Frise-se que os órgãos que darão suporte às medidas cautelares fixadas espelhadas nas MPUs seriam aqueles destinados ao público genérico (Centro de Atendimento Psicossocial – Caps, ONGs que atuam na recuperação do preso, Conselhos Tutelares, abrigos para idosos ou crianças abandonadas, Delegacias de Polícia comuns etc). Por essa razão diz-se que essas medidas cautelares são semelhantes às MPUs, embora algumas possam ser idênticas.

COMPANHEIRO DA PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDOS DENEGADOS, SEJA PORQUE OS ATOS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS, POIS QUE CONTRÁRIOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO, SEJA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre Advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da ANALOGIA, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta Norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo Magistrado que ousou desafiar a Lei.

Com sua atitude, o Magistrado apontado como Autoridade Coatora, não só pôs fim às agruras do ex companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente.

Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos Impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembramos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal). (grifos acrescentados)

Em posicionamento semelhante, encontra-se notícia do Jornal Correio do Estado, em Campo Grande/MS, veiculada em 20 de setembro de 2011, na qual consta uma medida liminar deferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ/MS) com a seguinte fundamentação:

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: "Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."**Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu** quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: "

Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz" (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10 ed. p. 48). Ora, **se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime.** (J.E.C.U – MT – Proc 1074/2008) ⁹⁶ [destaques acrescentados].

As críticas tecidas aos argumentos utilizados nas decisões acima são ferozes.

Quanto à utilização da analogia **in bonam partem** sustenta parcela da doutrina que as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal são taxativas, sobretudo após a edição da Lei nº 12.403/2011, a qual alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689/1941, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares⁹⁷.

Dessa forma, as MPUs estariam sob a marquise do princípio da legalidade em sentido estrito (reserva legal). A aplicação analógica das MPUs aos demais casos de violência doméstica

⁹⁶Disponível em: http://novo.mp.ro.gov.br/web/caocri/pagina-inicial?p_p_id=62_INSTANCE_anje&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_62_INSTANCE_anje_struts_action=%2Fjournal_articles%2Fview&_62_INSTANCE_anje_groupId=41721&_62_INSTANCE_anje_articleId=2582377&_62_INSTANCE_anje_version=1.0

⁹⁷ O legislador parece ter entendido pelo cabimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha também à criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência que seja vítima de violência doméstica ao revogar o antigo inciso IV e emprestar nova redação ao inciso III do artigo 313: **se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.**

ou familiar, para essa doutrina, configura uma violação constitucional, um constrangimento ilegal da liberdade de locomoção do acusado, uma analogia **in malam partem**.

As medidas cautelares tipicamente previstas no CPP, por representarem um ônus grave ao acusado (aplicáveis progressivamente até a decretação da prisão preventiva), seriam incompatíveis com a aplicação da analogia. Consoante pontuou Fausto Rodrigues de Lima, “não obstante a fundamentação da decisão ora comentada seja extraída da LMP, a fundamentação escoreita deve partir na verdade de outros ordenamentos jurídicos, uma vez que não é possível aplicar a LMP para a vítima do sexo masculino, pois as regras processuais de natureza penal não podem ser interpretadas extensivamente contra os(as) acusados(as), sob pena de nulidade”⁹⁸.

Todavia, a natureza jurídica das medidas protetivas é controversa. Encontra-se um dualismo: essas medidas são instrumentos acautelatórios penais ou cíveis?

Questionamento relevante, uma vez que, se reconhecida a natureza jurídica cível das medidas protetivas de urgência, as críticas tecidas nos parágrafos anteriores tornam-se inócuas.

A Lei Maria da Penha é uma norma híbrida, isto é, aglutina, em seu texto, dispositivos relativos aos campos do direito civil, do direito penal, disposições de direito administrativo e trabalhista. Enxergar as medidas protetivas de urgência como medidas cautelares inscritas no âmbito do processo penal não é pacífico na doutrina e, portanto, a analogia (método de integração do ordenamento jurídico) ganha contornos diferente sob o prisma civilista.

A doutrina que pugna pela natureza jurídica cível⁹⁹ das MPUs alega que a LMP, ao tratar do tema, adotou expressamente o CPC como norma de aplicação subsidiária¹⁰⁰.

⁹⁸ LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos Procedimentos – artigos 13 a 17. (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 271).

⁹⁹ Salientou o desembargador George Lopes Leite, quando do julgamento pela 1ª Turma Criminal do TJDF da Reclamação 20070020117275: “Embora a natureza jurídica das medidas protetivas pleiteadas não tenha sido definida expressamente em lei, a doutrina tem entendido que eles podem revestir-se natureza jurídica cível; a jurisprudência, por seu turno, apreciando questões concretas, embora sem manifestar-se sobre especificamente sobre o tema, tem-lhes atribuído os procedimentos inerentes às tutelas cautelares cíveis. [...]”

Baseado nestas premissas, entendo que as medidas protetivas prevista no artigo 22 da Lei 11.340/2006 possuem natureza jurídica cível. Nada obstante estarem relacionadas a bens jurídicos de altíssima relevância, que implicam, inclusive, na possibilidade de restrição de liberdades, não estão revestidas daquelas funções retributiva e preventiva, mas tão-somente da função protetiva cautelar, afastando-se da natureza jurídica da pena. **Assim, na forma do artigo 13 da Lei 11.340/2006, por exclusão, não se podem aplicar normas do Código de Processo Penal, mas sim, de forma subsidiária, as normas do Código de Processo Civil.**

Portanto, determinada, desta forma, a natureza jurídica da medida protetiva e a norma de regência, o recurso cabível à espécie é o agravo previsto no artigo 522 do Código de Processo Civil. Não se mostra cabível recurso de natureza processual penal, ou sequer a reclamação proposta, uma vez que não se aplicam ao caso o Código de Processo Penal. (destaques acrescidos).

¹⁰⁰ Art. 22. § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

A doutrina favorável à tese da natureza criminal pontua que o Projeto de Lei nº 4.559/2004 continha, no seu texto original, a expressão “medidas cautelares”, enquanto o substitutivo aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família utilizou-se da expressão “medidas protetivas de urgência”¹⁰¹. Isso corroboraria a tese de que o legislador quis, de forma incisiva, remeter o tema ao processo penal, uma vez que o termo “cautelar” induzia o intérprete a raciocinar sob a égide do processo civil, do qual as medidas cautelares são instrumento típico (a reforma do CPP somente ocorreu em 2012).

Aliada a isso, uma interpretação sistemática aduziria que, descumpridas as medidas protetivas de urgência, por decorrência natural pode o juiz decretar a prisão preventiva. As MPUs obedeceriam, portanto, a mesma regra estabelecida para as medidas cautelares previstas no CPP, as quais estão inscritas em um sistema progressivo cuja **ultima ratio** é a segregação do acusado.

Os defensores da natureza penal alegam ainda que as medidas protetivas de urgência sempre pressupõem a potencial ocorrência de um crime; conseqüentemente, o deferimento dessas cautelares estaria condicionado ao **fumus commissi delicti**. Também pressupõem situação de risco para a vítima, podendo o agente delinquir novamente caso não seja adotada alguma providência; dessa forma, o deferimento condiciona-se à presença do **periculum libertatis**.

Essas condições tipicamente penais diferem-se do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** do processo cautelar cível. Estes seriam incompatíveis com as MPUs, pois não haveria

¹⁰¹ Socorrendo-se ao direito comparado, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no parecer emanado no bojo do Conflito de Competência 2008.00.2.013705-8, manifestou-se:

“O termo “protetiva” utilizado na nova lei parece ser um neologismo, uma vez que a palavra não é prevista em nenhum dos mais utilizados dicionários da língua portuguesa. Conforme a norma culta, o termo adequado no caso seria “protetora” ou ainda “de proteção”. Muito embora, não se possa afirmar com certeza a origem do termo, o instituto foi inicialmente utilizado nos Estados Unidos da América. Conforme, pontuado anteriormente, as Protective or Restraining Orders constituem-se no principal mecanismo jurídico para o combate da violência doméstica naquele país, cujo marco remonta a 1976.

Carolyn Ko (2007) aponta que, embora sejam por vezes utilizadas como sinônimos de acordo com a legislação de cada unidade da federação do EUA, as expressões Protective Orders e Restraining Orders possuem naturezas jurídicas distintas. A primeira está vinculada a uma ação penal, possui uma finalidade cautelar e se extingue antes ou juntamente com a ação. Em geral, estabelecem condições ou restrições de condutas ao réu. A violação de Protective Orders constitui causa para aumento da pena.

Por sua vez, as Restraining Orders têm natureza estritamente civil e são um mecanismo jurídico independente. Elas são concedidas em duas etapas: a primeira, de forma temporária, é concedida sem a oitiva da outra parte, no caso de haver indícios razoáveis de agressão. Após a sua concessão, é indicada uma audiência, na qual a medida poderá ser concedida em definitivo, com duração de três anos, podendo ser renovada mesmo que não tenham ocorrido novas agressões. Além das restrições de condutas, como a proteção contra ameaças, ataques, circulação em determinados locais, as Restraining Orders também incluem outros tipos de prestação de natureza civil como: guarda dos filhos, pensão alimentícia, posse da residência, restituição de bens, restrição do porte de armas. As violações de uma Restraining Order constituem um ilícito penal, resultando em prisão e/ou multa.

fumaça de bom direito no provável cometimento de um crime e tampouco haveria perigo na demora, pois não há direito em perecimento, mas tão somente o perigo de reiteração criminosa.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as discussões entre os posicionamentos antagônicos problematizaram a fixação da competência do órgão julgador do recurso interposto contra a concessão de medidas protetivas.

Quando do julgamento do Conflito de Competência 2011.00.2.023946-3, surgiu a dúvida acerca do órgão competente para análise de Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida no JVDF e que decretou medida protetiva de provisão de alimentos¹⁰².

Salientou o relator do feito, des. Lecir Manoel da Luz, ao proferir seu primeiro voto pela fixação da competência da Turma Criminal: “verifica-se, assim, que o objeto do presente Conflito Negativo de Competência consiste em se determinar a real natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, a fim de se determinar a competência para o julgamento dos feitos a ela concernentes”. Mais:

Nesse particular, convém asseverar que as mencionadas medidas protetivas consistem em uma nova alternativa criada pelo legislador, configurando medidas cautelares intermediárias, aplicadas em situações que, a princípio, não acarretariam a decretação de prisão preventiva, mas que, por outro lado, demandam resposta efetiva do Estado.

Diante desse quadro, é de se notar, com apoio no disposto no artigo 22, caput, da Lei nº 11.340/06, a **imprescindibilidade da existência de indícios mínimos de um crime praticado** pelo agressor, no contexto de violência doméstica ou familiar, para o deferimento das aludidas medidas.

Cumprir destacar que, em havendo o descumprimento destas medidas protetivas impostas ao agressor, justificada está a decretação de sua prisão preventiva, uma vez que o Estado precisa conferir maior efetividade às tais medidas.

¹⁰² Neste conflito, A 2ª Turma Criminal, por decisão monocrática do desembargador Roberval Casemiro Belinati, entendeu que essa era uma matéria cível e a ela não cabia a análise do tema e determinou a redistribuição dos autos. Por outro lado, a 5ª Turma Cível, por decisão do desembargador Romeu Gonzaga Neiva, declinou de sua competência ao alegar que as turmas cíveis não detêm competência para analisar matéria tratada nos JVDF. Redistribuídos os autos, dessa vez para a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foi reafirmada a natureza cível da matéria e alegada a incompetência da Turma Recursal para julgar o feito, uma vez que a Lei expressamente afastou os procedimentos dos Juizados Especiais. Assim, o juiz Hector Valverde Santana suscitou conflito de competência a ser julgado pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Infere-se, assim, que a natureza jurídica das medidas protetivas, inclusive a aplicada ao agressor, qual seja, prestação de alimentos provisionais, é de medida cautelar de natureza penal, substitutiva de prisão cautelar, tendo em vista que o entendimento que merece prevalecer é de que, em se tratando de competência penal, fortalecido fica o combate à violência doméstica, em face da punição do agressor, transformando as questões cíveis em meros acessórios da ação penal.

Demais disso, cumpre ressaltar que a concessão de medida protetiva ocorre ao mesmo tempo em que são tomadas as providências para a instauração de inquérito policial e conseqüente promoção de ação penal.

Isto posto, sabendo-se que as medidas protetivas nada mais são do que providências judiciais com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima em situação de violência doméstica em face do suposto agressor, a conclusão por sua natureza jurídica penal deflui naturalmente.(destaques acrescidos).

Divergindo da posição acima, posicionou-se a des. Carmelita Brasil: “não há dúvida de que são de natureza civil as medidas protetivas inseridas no art. 22 da Lei Maria da Penha, incisos IV e V. Mas, apesar de ostentarem natureza cível em sua essência, a competência para prolatá-las é do juízo criminal, in casu, o juizado especializado, razão pela qual, em se tratando de recurso, acompanho o eminente Relator, é também a competência criminal”.

De modo semelhante, também se posicionou o des. João Timóteo: “Apenas acrescento que a natureza é cível, mas a unicidade do processo exige que seja um único juízo a prolatar as medidas. Por esse motivo, sigo a relatoria, com o pedido de respeitosa vênias”.

Este caso findou com o não conhecimento do Conflito Negativo de Competência por impropriedade na remessa dos autos pela 5ª Turma Cível à Turma Recursal dos Juizados Especiais, porquanto a Lei nº 11.340/2006 separou destes o JVDF. Os autos foram remetidos à 5ª Turma Cível que suscitou novamente o conflito, autuado sob o número 2012.00.2.011729-5.

No novo conflito instaurado, em que fixou-se a competência da turma criminal, a relatora, des. Vera Andrichi, acompanhou o parecer do procurador de justiça, o qual afirmou:

Verificado o descumprimento das medidas protetivas impostas ao agressor, justificada está a decretação de sua prisão preventiva, a qual configura um segundo estágio da resposta estatal, necessário a dar maior efetividade àquelas medidas. Nesse sentido, veja-se a atual redação do inciso III do art. 313 do

Código Penal (tal como estabelecida pela Lei 12.403 de 2011). Nesse passo, infere-se que a natureza jurídica das medidas protetivas é de medidas cautelares de natureza penal, dirigidas a uma resposta estatal de cunho protetivo, isto é, com pretensão de assegurar proteção integral à mulher que se encontre em situação de violência doméstica e familiar[grifos acrescidos].

O TJDFT tem se inclinado a reconhecer a natureza de medida cautelar cível, acompanhando o teor do Enunciado 3 do FONAVID¹⁰³:

A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família ser processadas e julgadas pelas Varas de Família. (destaques acrescidos)¹⁰⁴

Apenas para pontuar a questão da competência trazida incidentalmente, é dominante o entendimento de que é da competência das Turmas Criminais o julgamento de **Agravo de Instrumento** interposto contra a concessão das referidas medidas, o que evidencia mais uma vez a natureza cível das MPUs, pois o AI é espécie recursal tipicamente cível e que não encontra previsão no CPP. Apenas é julgado nas Turmas Criminais a fim de que seja mantida uma unidade para julgamento de um mesmo processo (o qual engloba questões cíveis e penais) e a fim de que seja perseguido o escopo da Lei pelo ganho de celeridade.

O tratamento da questão oferecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul parece estar mais consolidado. Tem-se, na corte gaúcha, que a natureza das MPUs elencadas nos artigos 22 a 24 é de medida cautelar cível. Tanto que, outrora, a competência para julgamento de recursos contra a concessão dessas já foi dividida em razão da natureza da matéria questionada¹⁰⁵.

Des. Amilton Bueno de Carvalho, relator do Agravo Regimental 70021715545, colocou:

¹⁰³ Fórum Nacional de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

¹⁰⁴ Como pontuou o desembargador Flávio Rostirola proferido no Conflito de Competência 20130020151754 a “referida lei, ao elencar entre suas disposições normas, em quase sua totalidade, de natureza penal, não deu ao juízo especializado competência plena para apreciação e processamento de pedidos exclusivamente afetos à área cível. Parece-me mais consentâneo com o sentido teleológico da lei **reconhecer que a competência cível atribuída aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher deve se limitar à apreciação das medidas protetivas de urgência de natureza cível e de família enumeradas em seus arts. 18 a 22**”.

¹⁰⁵ **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA. PEDIDO DE DILAÇÃO DE PRAZO. INDEFERIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. MATÉRIA ATINENTE À ÁREA DE FAMÍLIA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA.**

A medida protetiva fixada pelo juízo a quo - afastamento do lar -, em que pese ter sido concedida pelo Juízo Criminal designado para atender os feitos envolvendo a Lei Maria da Penha – nº 11.340/06 -, tem natureza cível; desta forma, a competência para exame da matéria, conforme entendimento deste órgão fracionário, é de uma das Câmaras Cíveis deste Tribunal. [Recurso em Sentido Estrito 70023368418].

Afora isso, a medida é nitidamente cível. Aliás, por isso a parte manejou o agravo de instrumento – recurso do cível –, o que segue a linha da decisão acostada aos autos com a petição de agravo interno – que deferiu, no âmbito da jurisdição cível, em uma Câmara Cível, medida idêntica (afastamento do lar) à que o agravante está a atacar.

A estrutura penal não é para tal, daí por que sequer caberia eventual habeas corpus, como acena o agravante. Não há possibilidade, criminal, de sentença definitiva que, mesmo ao condenar o acusado por delito de dano (aquele, em tese, praticado pelo agravante), imponha o seu afastamento do lar. A medida é mesmo de natureza cível e, assim, refoge à competência recursal desta Câmara.

Aliás, o Conselho da Magistratura, ao regular o processamento das medidas relativas à violência doméstica contra a mulher, foi claríssimo ao atrelar o arsenal recursal à natureza da medida protetiva adotada – “Os recursos contra as medidas protetivas liminares de natureza cível ou de família são os previstos no Código de Processo Civil, observada a competência recursal peculiar a cada um; e os recursos das medidas de natureza criminal serão os previstos no Código de Processo Penal, observada a competência recursal peculiar a cada um” (art. 3.º, parágrafo único, da Resolução nº 562/06-COMAG) –, pouco importando ter sido ela imposta em uma Vara Criminal – no primeiro grau, a medida ali só tramita em razão da inexistência de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, por expressa delegação do art. 33 da Lei Maria da Penha¹⁰⁶.(grifos acrescidos)

Ventilando o posicionamento pela natureza cível das medidas protetivas, o des. Luis Brasil Santos, quando do julgamento do AI 70039308218 e valendo-se do princípio de “quem pode o mais, pode o menos”, aduziu que a competência para deferi-las é concorrente entre os JVDF (ou Varas Criminais se o caso) e as Varas de Família¹⁰⁷:

Os Juizados de Violência Doméstica, como sabido, possuem competência cível e criminal. **As primeiras (cíveis) abrangem as medidas protetivas de urgência relacionadas nos arts. 22 a 24 da Lei nº 11.340/06.**

Essa competência, entretanto, não afasta a que é própria das Varas de Família. Tem-se, pois, aqui um caso de competência concorrente. A conhecida “Lei

¹⁰⁶ Decisões mais recentes e semelhantes podem ser encontradas nos julgamentos dos Agravos de Instrumento 70038717492, 70019874940 e 70018581652.

¹⁰⁷ No mesmo sentido: Agravos de Instrumento 70047317151, 70042019422 e 70039308218.

Maria da Penha” tem por finalidade facilitar a proteção dos direitos da mulher, possibilitando a ela que requeira medidas protetivas logo ao registrar a ocorrência policial, que serão reduzidas a termo na delegacia e enviadas celeremente ao Juizado de Violência Doméstica. Entretanto, pode interessar à mulher que a cautelar seja apreciada pelo juízo de família, municiando seu pleito com melhores provas do que o sintético relato produzido perante a autoridade policial, que deflagra o pleito diante do JVD.[grifos acrescidos]

Fixou-se, de forma semelhante ao TJDF, com base na racionalidade da Lei, a competência para as Turmas Criminais, embora as MPUs tratem de matéria tipicamente cível¹⁰⁸.

Adotou-se a interpretação teleológica, enfatizando a urgência da proteção da mulher¹⁰⁹. A des. Maria Isabel de Azevedo Souza ressaltou que “o Cível e o Crime aqui estão juntos e são inseparáveis. Isso vai trazer problema ou para o juízo cível ou para o juízo criminal que vai ter de julgar num primeiro momento. A minha preocupação é com a violência que tem sofrido as mulher durante todos esses anos, e o Tribunal não pode, por razões burocráticas, de determinação de competência, atrasar o andamento de todos esses feitos”.

Rebatendo o argumento de que a natureza penal derivaria da possibilidade de decretação de prisão cautelar, o TJRS também tem entendimento forte no sentido que a prisão preventiva não é uma decorrência lógica do descumprimento das medidas protetivas de urgência, mas sim um instrumento do qual pode se valer o Estado-Juiz para efetivar a proteção que tem o dever de prover. Inclusive, **as MPUs podem ser fixadas cumulativamente à prisão preventiva.**

As MPUs previstas nos arts. 22 a 24 diferem das medidas cautelares penais previstas no artigo 319 Código de Processo Penal, uma vez que as últimas são essencialmente incompatíveis com a prisão preventiva, providência mais grave no sistema cautelar penal. As cautelares do CPP seguem uma ordem gradativa e progressiva de restrição, em que a decretação da prisão preventiva, observado o §6º do artigo 282¹¹⁰, deflui naturalmente da violação das medidas cautelares penais impostas anteriormente (parágrafo único do artigo 312 do CPP).

¹⁰⁸ Para sedimentar o entendimento da corte gaúcha, observe o Conflito de Competência 70036122240. Neste julgado, foi trazida para discussão a fixação da competência recursal de AI ou RESE interpostos contra medidas protetivas de urgência deferidas nos JVDF. Apesar de a discussão ter girado em torno da organização judiciária local (Turmas Cíveis vs Turmas Criminais – conflito suscitado com base em medida de natureza cível ou familiar, não obstante determinada por juiz de Vara Criminal), restou bastante claro que a natureza das medidas previstas nos artigos 22 a 24 é de medida cautelar cível.

¹⁰⁹ Observe também o Conflito de Competência 70044573574 do TJRS.

¹¹⁰ **Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

Diferentemente, as medidas protetivas de urgência, se descumpridas, em regra, geram a responsabilização penal por crime de desobediência (artigo 330 do CP), porém a prisão preventiva somente poderá ser imposta se presentes os requisitos específicos previstos no **caput** do artigo 312 e 313, III, do CPP (**periculum libertatis e fumus comissi delicti**).

E isso não importa na revogação da medida protetiva de urgência imposta anteriormente (esta fundada no **periculum in mora** e **fumus boni iuris**). O mandamento persiste. O agente a quem foi imposta a obrigação de prestar alimentos, por exemplo, deve continuar a cumprir essa obrigação independentemente da superveniência da decretação de prisão cautelar, porquanto o que se protege com tal medida é subsistência da vítima e não visa a impedir prática delituosa.

Tratando da tipicidade da conduta de descumprimento das medidas protetivas de urgência, mas servindo bem ao propósito deste trabalho, o des. Jayme Weingartner Neto, quando do julgamento da Apelação Criminal 70050937861, explicou:

O argumento, em síntese, para a atipicidade da conduta no caso dos autos (desobediência – art. 330, CPB), é que as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 são medidas cautelares progressivas, podendo evoluir até a prisão preventiva do agente, caso as medidas mais brandas se mostrem suficientes para a proteção da vítima.

[...]

Por outro lado, em linha adicional de argumentação, ônus que me cabe ao propor alteração na orientação jurisprudencial, traço um paralelo com o direito processual civil, seara donde emanam as medidas (cautelares) protetivas de urgência no âmbito doméstico e familiar. À luz do art. 22 da Lei nº 11.340/06, é possível alinhar outro *topoi* pela tipicidade do crime de desobediência em casos como o da espécie.

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Insisto, a progressividade das medidas protetivas, embora razoável postulado, não deflui da técnica redacional do art. 22 da Lei nº 11.340/06. A “evolução até a prisão cautelar” submete-se não à lógica do descumprimento em si, mas aos requisitos cautelares do processo penal (arts. 311 e 312 do CPP), filtro extremamente rigoroso que deixa escorrer uma série de descumprimentos. Neste contexto, o direito penal, como ultima ratio, é chamado, a posteriori, para consubstanciar eficácia ao comando constitucional do §8º do art. 226, pena de atuação deficiente do Estado. Ademais, o §1º do art. 22 em comento, na leitura que faço, expressamente permite a cumulatividade sancionatória, pois as medidas previstas “não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem”.

[...]

Ao transgredir a decisão judicial de não se aproximar do lar familiar, o acusado foi preso, mas – uma vez solto – continuou a desobecer a medida protetiva, retornando à residência da qual não podia se aproximar.

As medidas protetivas de urgência e a prisão preventiva são medidas cautelares de naturezas distintas e das quais podem se valer o órgão julgador a fim de conferir a máxima proteção à vítima de violência doméstica ou familiar; portanto, de forma alguma, a prisão preventiva é sanção ou decorrência natural do descumprimento das medidas cíveis.

A natureza cível das MPUs também se desenha no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No **Habeas Corpus** 163.835-SP – no qual se discutiu a insubsistência das MPUs fixadas pelo juízo de família do TJSP – julgado pela 4ª Turma (que trata de matéria de família), não foi evidenciada qualquer irregularidade na concessão de medida protetiva de urgência por órgão que trata de questões diversas das criminais. Foi reconhecida, inclusive, a impropriedade de impetração de **Habeas Corpus** para impugnar a concessão da medida cautelar.

Se reconhecidas como medidas cautelares de direito civil, podendo inclusive ser deferidas pelo juízo que trata de direito de família – órgãos que possuem cognição exauriente sobre o tema

em que incidem as MPU¹¹¹ –, fica fácil visualizar que o juiz pode prever instrumento cautelar semelhante às MPU¹¹¹ com base no poder geral de cautela, entendido como o “poder atribuído ao juiz de conceder medidas cautelares atípicas, como forma de proteger aquelas situações de perigo para a efetividade do processo para as quais não haja qualquer medida cautelar típica adequada”¹¹².

Foi prescrito pelo artigo 798 do Código de Processo Civil (norma que se aplica aos processos regidos pela LMP por expresa disposição desta) que “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Perceba que, além das medidas cautelares expressamente previstas pela Lei, o juiz pode se valer de outras que não foram positivadas, caso visualize meio melhor de assegurar a incolumidade e subsistência da mulher em situação de violência doméstica ou familiar. O rol trazido pela LMP é exemplificativo, tal qual o rol de medidas cautelares previstas no CPC.

Dessa forma, caso as MPU¹¹¹ expressamente previstas sejam insuficientes para assegurar o bem-estar da vítima, pode o juiz inovar uma medida para perseguir esse objetivo. E, se ele pode agir deste modo, por que não poderia, com o mesmo fundamento, estender a aplicação dessas medidas cautelares ao público atípico que carece de proteção?

Há decisões que, nutrindo-se do processo civil e embasando-se no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, concederam medidas protetivas a **homens**. Filiada a essa tese, encontra-se decisão proferida pelo juiz de direito da 11^a Vara Criminal da Comarca da Capital/Rio de Janeiro (Celso de Andrade Loureiro) em 2011 no processo 0093306-35.8.19.0001:

Noticiam os autos que o agressor, ora réu, e o ofendido, convivem em união homoafetiva e que o ofendido, no dia 30/03/2011, por volta das 01h30min, foi

¹¹¹ As medidas protetivas de urgência têm caráter provisório e não definitivo. E uma vez deferidas as medidas solicitadas, os autos permanecerão em apartados ao inquérito policial, podendo a ofendida propor a ação principal no seu domicílio ou de sua residência, no lugar do fato em que se baseou a demanda ou do domicílio do agressor (art. 15). É importante ressaltar que a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, não transformou o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em Vara de Família. Ao revés, permitiu que o juiz criminal pudesse conceder certas medidas, em caráter de urgência, de natureza cível, tão somente. Caso não fosse assim, não haveria possibilidade de se proteger a mulher eficazmente, pois tais medidas só poderiam ser concedidas através do devido processo de divórcio, nos termos do Código Civil. (SIRVINSKAS, Luis Paulo. Revista da Escola Superior do Ministério Público – janeiro/junho-2007. P 64.

¹¹² CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil – Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, página 48.

agredido pelo réu com uma garrafa e, como decorrência disso, sofreu diversas lesões no rosto, na perna, nos lábios e na coxa.

[...]

Assim, a medida cautelar de “proibição de aproximação do ofendido” mostra-se imperativa, no caso em exame, pois visa garantir condições mínimas assecuratórias da incolumidade pessoal da apontada vítima de violência física. Além do mais, garantirá, de forma segura, a permanência da citada vítima em sua residência até o julgamento definitivo dos fatos.

Assim, o artigo 797 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a adotar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação, com fundamento no Poder Geral de Cautela.

Isto significa dizer que deverá o Magistrado, através do exercício do poder geral de cautela, autorizar a prática de determinados atos, não previstos em lei, para garantir o exercício da atividade jurisdicional, enquanto não puder efetivá-la.

[...]

Por fim, importa finalmente salientar que a presente medida, de natureza cautelar, é concedida com fundamento na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), muito embora esta Lei seja direcionada para as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Entretanto, a especial proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, entre dois homens, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência, até mesmo para que seja respeitado o Princípio Consitucional da Isonomia¹¹³. [grifos e destaques acrescentados]

Ainda que se filie à corrente que prega a natureza de medida cautelar penal às MPUs, a conclusão deve ser semelhante. Para chegar a esse resultado, leiam-se as lições de Denilson Feitoza. Conforme trazido pelo doutrinador, segundo o princípio da necessidade e adequação das medidas cautelares, deve-se escolher aquelas que menos agridam a liberdade do acusado.

113

Decisão

disponível

em:

http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1192_5dc3c91fe16b09da19e2f923a5b55291.pdf

Em 2010, antes da vigência das novas disposições cautelares do CPP, o autor pontuou ao criticar a relutância na aplicação de outras medidas diversas da prisão preventiva:

A legalidade referida às leis processuais penais infraconstitucionais não está cumprindo a função de garantir os direitos fundamentais, mas a de obstar a efetividade dos direitos fundamentais. Isto nos parece inadmissível, tendo em vista o princípio da supremacia constitucional.

Diante disso, o princípio constitucional da proporcionalidade, especialmente como decorrência do exame da necessidade, nos possibilita concluir que o órgão jurisdicional pode, quando cabível uma medida cautelar mais gravosa, impor uma medida cautelar alternativa mais branda e não prevista na lei processual penal ou reduzir aspectos da medida cautelar cabível para que fique mais branda, se a idoneidade da medida cautelar é equivalente.

[...]

É um contra-senso que o juiz cível, inclusive quando lida com interesses disponíveis e patrimoniais, tenha a flexibilidade de substituir uma medida cautelar por outra garantia menos gravosa, podendo esta medida alternativa inclusive não estar prevista expressamente em lei, enquanto o juiz criminal, lidando com o direito fundamental de liberdade e outros direitos fundamentais, tenha que se decidir entre os extremos da liberdade e da prisão, sem atentar para a adequação e a necessidade da medida cautelar (ou, na linguagem do CPC, sem buscar a medida adequada e suficiente).

Por meio da aplicação analógica do CPC ao CPP, que é permitida pelo art. 3º do CPP, podemos chegar a conclusão de que são juridicamente admissíveis a alternatividade (imposição de medida cautelar alternativa mais branda não prevista na lei processual penal) e a flexibilidade ou redutibilidade (imposição de “medida cautelar mitigada” com redução de aspectos da medida cautelar cabível para que fique mais branda) das medidas cautelares pessoais do direito processual penal, se a medida alternativa ou mitigada tem idoneidade equivalente (art. 3º do CPP c/c arts 798, 799 e 805 do CPC)”¹¹⁴.

O Supremo Tribunal Federal, assim como as demais cortes judiciárias, não vislumbrou constrangimento ilegal no ato que imponha restrições cautelares atípicas em substituição à prisão

¹¹⁴ FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. pp. 923-925.

preventiva. No HC 94.174-RJ, de relatoria da min. Ellen Gracie, a corte suprema admitiu o poder geral de cautela do juiz criminal fundada na aplicação analógica do artigo 798 do CPC.

Enrijecer o princípio da legalidade e afirmar que as MPUs são incabíveis a outras hipóteses de violência doméstica é prejudicial ao acusado. Caso as medidas cautelares previstas pelo CPP sejam insuficientes e/ou inadequadas para impedir a prática de novos delitos, o juízo apenas teria a decretação da prisão preventiva como alternativa expressamente prevista. A imposição de MPUs é menos gravosa que a segregação do acusado, portanto, é preferível a esta.

Portanto, partindo-se da ótica garantista do direito penal pós 1988, ao acusado podem ser direcionadas medidas cautelares diversas, desde que mais brandas e adequadas com o intuito de lhe tolhir o mínimo de liberdade, o que pode ser conseguido pela aplicação das MPUs. Obviamente caracterizam um ônus a quem foram imputadas, porém dificilmente representarão gravame maior que medidas cautelares previstas pelo CPP, entre elas, a prisão cautelar.

Dessa forma, mesmo que parem dúvidas acerca da real natureza jurídica das MPUs (se é que possível definir uma natureza jurídica específica para elas), para o objetivo deste trabalho, pouco importa qual tese que prevalecerá. A conclusão a que se chega é homogênea: O juiz pode inovar uma medida cautelar semelhante às medidas protetivas com o intuito de entregar a melhor tutela jurisdicional.

Importante frisar que os órgãos que darão suporte às medidas cautelares espelhadas nas MPUs são aqueles utilizados pelo público genérico e não os órgãos da rede de atendimento; por isso tem se falado em “medidas cautelares semelhantes”, uma vez que o tratamento oferecido será diferente embora a determinação pareça idêntica.

Depois de todo o exposto, ainda que pareça razoável (e recomendável) a fixação de instrumentos cautelares nesse sentido, na maioria dos casos, são revogados em segunda instância¹¹⁵. Ampara-se a insubstância das medidas cautelares na perspectiva de gênero da qual a LMP é dotada, alegando ser incabível a extensão das medidas ainda que por analogia¹¹⁶.

Porém, não é a melhor resposta.

¹¹⁵ Nesse sentido encontra-se HC 70031408305 [Terceira Câmara Criminal do TJRS]. Foi colocado pelo relator:

“A aplicação analógica da Lei Maria da Penha, como procedida no caso concreto, não é viável, na medida em que o Magistrado não pode fazer uma interpretação extensiva da referida legislação, em detrimento da liberdade individual da ora paciente, que restou restringida.

Com efeito, a Lei Maria da Penha visa proteger a mulher de violência no âmbito das relações familiares e domésticas, sendo ela, portanto, o sujeito passivo de tais práticas.

Logo, no caso dos autos, não havendo previsão legal para que a vítima protegida seja do sexo masculino, descabida é a medida protetiva lançada em desfavor da paciente”

¹¹⁶ De maneira semelhante: **Habeas Corpus** 1227932.2009.807.0000 julgado pelo TJDF.

Certo que foi uma norma criada para atender aos anseios feministas e em resposta às pressões da comunidade internacional (por meio da CEDAW, Convenção de Belém do Pará, recomendações feitas ao Brasil no caso Maria da Penha, Conferência Mundial da Mulher de Beijing etc).

Incontestável é a constitucionalidade da LMP, visto que não viola o princípio da igualdade consagrado constitucionalmente; pelo contrário, essa lei visa a promover a igualdade material e a sanar a inconstitucionalidade por omissão que tanto foi presente nas instituições públicas. Esse é o porquê de essa norma, **quando considerada em sua totalidade**, ser aplicada somente às mulheres.

Mais uma vez, a aplicação integral da LMP a qualquer público que sofra violência doméstica há de ser rechaçada, porque traria prejuízo para seu público alvo. A **aplicação integral** a outros públicos contraria os objetivos da própria norma, pois provocaria um déficit de celeridade, provocado pelo excesso de demanda, e traria perda de eficiência, pois a rede de atendimento trataria dos mais diversos temas sem um direcionamento adequado.

Ainda, a aplicação analógica de específicos procedimentos penais mais gravosos ao acusado sem expressa disposição legal padeceria de inconstitucionalidade.

Porém, diverso é o caso da utilização analógica das MPUs previstas pela LMP quando em diálogo com o restante do ordenamento. As medidas cautelares espelhadas nas MPUs são instrumentos que não se utilizam da “rede de atendimento” prevista na Lei nº 11.340/2006; não é necessário o ingresso nos JPDF e tampouco a assistência dos órgãos especializados de assistência à mulher agredida!

Portanto, não se vislumbra qualquer prejuízo que a aplicação analógica dos artigos 22 a 24 traria para o enfrentamento da discriminação da mulher. A LMP foi criada visando a: tornar efetivo o acesso à justiça célere e eficaz da mulher vítima de violência doméstica; conferir meios assistenciais de recuperação; e impedir que essa violência seja perpetuada.

Transcender a disciplina das MPUs não elide nem conflita com esses objetivos. Não se afogam os JPDFs com uma miríade de processos; não se utiliza da rede de atendimento; e não se banaliza a violência contra a mulher, pois o procedimento especial continua restrito a elas.

Outrossim, não há que se olvidar que a LMP traz dispositivos que dialogam e se integram com o restante do ordenamento, atualizando-o. Conforme demonstrado anteriormente, as

alterações feitas no CP, bem como os modernos conceitos de família aplicam-se a hipóteses que escapam aos tentáculos da Lei nº 11.340/2006.

Nesse fio condutor, do mesmo modo que a LMP não limitou as cautelas disponíveis às mulheres àquelas previstas nos artigos 22 a 24, deve-se ter mente que a Lei Maria da Penha não cerrou as cancelas para uma aplicação mais abrangente do conteúdo dessas medidas.

É anacrônico pensar que estariam restritas aos casos tutelados pela LMP. Ora, se antes da edição da Lei, o juiz pôde usar de seu esforço intelectual para inovar uma medida cautelar que assegurasse a incolumidade física e psicológica da vítima de violência doméstica (qualquer que fosse seu gênero), por que não poderia valer-se da mesma técnica após a nável norma? Mesmo após a sanção da norma, o juiz ainda pode vislumbrar medida cautelar inominada com base no art. 798 do CPC a fim de assegurar proteção semelhante – ou até mesmo maior –, v.g, a um idoso, todavia não poderia especificamente aplicar as MPUs, por quê?

Destarte, ausente o prejuízo ao atendimento do público alvo¹¹⁷ não restam motivos que possam elidir a aplicação analógica dos artigos 22 a 24 da LMP em situações diversas.

O juiz guarda o dever funcional e constitucional de prover uma tutela eficiente (CRFB, artigo 5º, XXXV¹¹⁸) e o dever de assegurar o bem-estar da família independentemente de discriminação (CRFB, artigo 226, §8º¹¹⁹). Também, em obediência ao princípio da proibição da proteção deficiente, o órgão julgador não pode quedar-se inerte ou restringir-se a providências cautelares insuficientes para o tratamento do caso que lhe foi apresentado, sob o risco de evidenciar novo estado de omissão da tutela estatal.

Negar meios eficazes de tutela a quem precise – sejam grupos de risco (idosos, crianças) ou não (homens vítimas de violência doméstica) – é ir contra a função precípua do Estado Democrático de Direito, qual seja, permitir que todos desenvolvam o máximo de suas faculdades e que sejam felizes.

As mulheres necessitam sim de uma tutela especial.

Porém, **todos merecem uma tutela satisfatória.**

¹¹⁷ Mulher em situação de violência doméstica baseada no gênero e em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência em relação ao agressor.

¹¹⁸ Art 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹¹⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º - 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que a Lei Maria da Penha é fruto da luta feminista e representa um grande instrumento em prol da igualdade de gênero. Sua criação merece ser ovacionada.

Esse instrumento normativo veio como uma consequência da pressão por mudanças significativas no enfrentamento à violência contra a mulher e uma resposta à comunidade internacional sobre o efetivo cumprimento dos tratados internacionais em defesa da mulher aos quais o Brasil manifestou adesão.

A Lei nº 11.340/2006 enfatizou que a violência doméstica contra a mulher “não se trata de uma lesão física de menor potencial ofensivo, mas de uma violência mais ampla e complexa que merece ser tratada com especificidade, e a Lei nº 9.099/95 permitia a leniência em relação ao réu e não protegia a vítima, potencializando a violência. [...] Reforçaram ainda que apesar de as leis terem sido alteradas, o preconceito e a discriminação permanecem presentes em nossa sociedade, e que a violência ocorrida dentro de casa é silenciosa, e que a reincidência para esses crimes é a regra e não a exceção”¹²⁰.

Além de por em evidência o problema, a Lei em questão criou procedimentos processuais específicos e previu uma rede de atendimento especializada no tratamento desse tema tão sensível. Isso com o objetivo de tornar o julgamento célere e entregar uma resposta estatal satisfatória.

Outrossim, compreende-se que a violência doméstica e familiar não se restringe às mulheres, não obstante serem as vítimas “prediletas”. Apesar de esta constatação ser cristalina, as demais vítimas que não se enquadram nas especificidades da norma permanecem sob a égide do antigo sistema que tanto foi criticado.

Surgiu a questão se Lei nº 11.340/2006 poderia ser estendida aos grupos “esquecidos”.

A Lei não padece de qualquer vício de constitucionalidade e é legítima a segregação realizada em prol da igualdade material. Portanto, a aplicação indiscriminada da Lei é incabível e vai de encontro ao escopo da própria norma, uma vez que esta previu órgãos e procedimentos especializados no atendimento de um jurisdicionado típico.

Entretanto, demonstrou-se que a Lei Maria da Penha carrega dispositivos que naturalmente extrapolam seu âmbito específico de atuação, a exemplo das alterações promovidas

¹²⁰ Presidência da República; Secretaria de Políticas para as Mulheres. VII Relatório Brasileiro à CEDAW. p. 16-17.

no Código Penal e Código de Processo Penal, bem como a abertura hermenêutica promovida pelo reconhecimento de novas espécies de família.

Sendo assim, aprofundou-se o estudo para analisar a viabilidade jurídica de extensão também das medidas protetivas de urgência, previstas nos artigos 22 a 24 da referida Lei.

Percebeu-se que a transcendência da disciplina trazida por essas medidas a casos diversos não importa qualquer prejuízo para as mulheres em situação de violência doméstica ou familiar baseada em gênero e em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência em relação ao agressor (grupo tipicamente tutelado pela norma em questão).

Demonstrou-se, ainda, que essas disposições processuais – pouco importando se pertençam à seara do direito cível ou se pertençam à seara do direito penal – podem ser ampliadas e/ou transpostas com base no poder geral de cautela do qual o juiz é dotado por expresse comando do artigo 798 do Código de Processo Civil.

Destarte, uma vez que não há prejuízo para o escopo da Lei Maria da Penha e uma vez que não há óbice jurídico, parece possível a fixação de medidas cautelares semelhantes às medidas protetivas de urgência a outros grupos que delas necessitem independentemente de seu gênero ou sexo.

Mais. É recomendável que essa extensão seja feita a fim de que seja garantido o direito à tutela jurisdicional satisfatória e célere; a fim de que seja perseguido o comando constitucional de proteção da família e seus membros independentemente de discriminação; e a fim de que seja preservado o princípio da proibição da tutela deficiente.

Embora possa não ser a tutela ideal para esses casos – pois nem sempre há o efetivo direito da parte a um procedimento especial ou a um atendimento especializado –, a concessão dessas medidas cautelares é assaz mais benéfico que a mera aplicação dos dispositivos expressamente previstos no Código de Processo Penal, no Código de Processo Civil e na Lei dos Juizados Especiais.

Portanto, é uma maneira possível, disponível e desejável de combate a uma inconstitucionalidade por omissão de proteção dos jurisdicionados vulneráveis.

REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de advocacy feminista** (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, Lei nº 3.071/1916. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848/1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL, Lei nº 5.869/1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm.

BRASIL, Lei nº 10.406/2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL, Lei nº 11.340/2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil – Volume III**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4.559/2004**. Brasília. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC4351C4EECBAC94DE40BEC9B2F2BD72.node2?codteor=256085&filename=PL+4559/2004. Acessado em 11/11/2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer da Relatora ao PL nº 4.559/2004**. Brasília, Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=362054&filename=PR L+1+CCJC+%3D%3E+PL+4559/2004. Acessado em 11/11/2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Voto em Separado ao PL nº 4.559/2004(deputado Antônio Carlos Biscaia)**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=361747&filename=Tra mitacao-PL+4559/2004

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Finanças e Tributação. **Parecer da Relatora ao PL nº 4.559/2004**. Brasília, Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=355109&filename=PR L+1+CFT+%3D%3E+PL+4559/2004. Acessado em 11/11/2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS – Comissão de Seguridade Social e Família. **Parecer da Relatora ao PL nº 4.559/2004.** Brasília. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=334626&filename=SBT+1+CSSF+%3D%3E+PL+4559/2004. Acessado em 11/11/2013.

CAMPOS, Carmen Hein, e CARVALHO, Salo. **Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e garantismo.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2006000200005&script=sci_arttext.

CASTILHOS, Ela Wiecko de. **Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 9º.** (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **notícias.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/14081:lei-maria-da-penha-e-aplicada-em-acao-envolvendo-casal-gay>

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.440/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice, e REINHEIMER, Thiele Lopes. **A violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos – Art. 6º.** (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis.** 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO, **notícia de 25/2/2011.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/881133-juiz-aplica-lei-maria-da-penha-para-casal-homossexual-no-rs.shtml>. Acessado em 11/11/2013.

LAVIGNE, Rosane Reis. **Caso FONAJE: o ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais no processo de elaboração da Lei Maria da Penha** (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

LAVIGNE, Rosane Reis. **Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Judiciário.** (In: CUNHA, José Ricardo. Direitos Humanos e o Poder Judiciário no Brasil). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4180/Direitos%20Humanos%20e%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20no%20Brasil.pdf?sequence=5>. Acessado em 11/11/2013.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Dos Procedimentos – artigos 13 a 17.** (In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Martinés. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

UNITED NATIONS. **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women** – **CEDAW**. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>.

UNITED NATIONS. **General Recommendations from Comitê CEDAW**. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/index.html>.

PYTANGUI, Jacqueline. **As mulheres e a Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/images/nov089.pdf>. Acessado em 11/11/2013.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – Presidência da República. **VII Relatório Brasileiro à CEDAW**. Brasília. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/relatorio-cedaw-2012.pdf>. Acessado em 11/11/2013.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – Presidência da República. **Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: Disponível em: <http://spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/pacto-nacional>. Acessado em 11/11/2013.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW; Série de Documentos**. Brasília: 2004. Disponível em: <http://mulheres.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/2integra-publ-29-cedaw.pdf>. Acessado em 11/11/2013.

SECRETARIA DE POLÍTICA PARA AS MULHERES - Presidência da República. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres**. Brasília. Disponível em: http://www.campanhapontofinal.com.br/download/informativo_03.pdf. Acessado em 11/11/2013.

SILVA, Marcelo Melo da. **Constituições e luta das mulheres por direitos políticos** Disponível em: http://www.coletiva.org/site/index.php?option=com_content&view=article&id=293:constituicoes-e-luta-das-mulheres-por-direitos-politicos&catid=17&Itemid=70. Acessado em 11/11/2013

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.