

1. Introdução

Surgida em 2006, a Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/2006 – veio como resposta nacional à provocação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que considerou o Brasil responsável pela violação aos direitos e à proteção judicial da mulher, pela tramitação negligente e dilatada no tempo do processo violência doméstica.

É evolução legislativa, que fez o Brasil proteger com maior vigor a mulher frente às violências de seu parceiro.

Previu a lei regras de proteção civil, patrimonial, familiar e penal à mulher e, daí, passaram a surgir interessantes discussões sobre a categoria jurídica dessas normas. É que pela diferença de tratamento entre normas penais, civis e processuais, poderá a lei ter aplicação analógica e retroativa, ou não, assim como diferenciada será a interpretação da lei e o alcance de sua proteção.

Especialmente o caráter penal virá a trazer maiores limitações à incidência protetiva, notadamente impedindo a aplicação da Lei Maria da Penha a relações homoafetivas, ou de pessoas que não se enquadrem no clássico binômio homem-mulher.

Este artigo pretende examinar o surgimento da Lei Maria da Penha, classificar a natureza jurídica das normas por ela trazidas, sua incidência nos variados ramos do direito e consequências de aplicação e interpretação daí decorrentes.

Também será examinada a perspectiva evolutiva que pretende ampliar a proteção da Lei Maria da Penha para outras famílias, baseadas no afeto e não no sexo de nascimento, assim protegendo quem mulher se considere.

Finalmente, será considerada também a perspectiva de ainda maior ampliação, para proteção daquele socialmente considerado sem iguais perspectivas, isto refletido na relação familiar. Então poderão ser da violência doméstica protegidos inclusive pessoas que se assumam como não mulheres, mas precisem do amparo legal.

São pretensões de ampliar a proteção do feminismo à proteção do vulnerável, seja ou não pelo gênero, com as vantagens e riscos daí decorrentes.

2. Lei Maria da Penha – uma evolução histórica

Na histórica reiteração de agressões contra a mulher, vulnerável socialmente e isto se repetindo no casamento, a proteção penal comum não se fazia suficiente. No Brasil, as lesões corporais poderiam até ser negociadas para evitar o processo criminal, as penas eram baixas e

as reiterações uma regra...

A violência sem danos físicos maiores recebia enquadramento como delito de pequeno potencial ofensivo, com o rito dos Juizados Especiais Criminais¹, buscando-se a solução consensuada, com repetidas opções processuais de acordo (conciliação ou acordo civil, transação e suspensão condicional do processo), e com incentivo a penas alternativas à prisão.

Se é interessante a evitação da prisão para crimes em geral, isto não se dá em casos de violência doméstica. Na convivência pelo afeto, frequentemente o agressor goza do prazer de poder sobre a vítima e a facilidade de retorno à rotina após a violência contra a mulher, com imediato regresso ao lar, permitia também o fácil regresso às agressões, até com maior força.

Exemplo claro se deu com a brasileira Maria da Penha Maia Fernandes. Mulher, biofarmacêutica cearense, mãe de 3 filhas e avó, foi vítima de duas tentativas de homicídio. Ambas praticadas por seu marido, o professor universitário Marco Antonio.

Na primeira tentativa de morte, com arma de fogo, enquanto Maria da Penha dormia, o tiro deixou-lhe paraplégica; na segunda, o meio foi a eletrocução e afogamento, novamente sem êxito. O marido restou condenado quase vinte anos depois, mas cumpriu apenas dois anos em regime fechado.

Levado o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1998 foi acolhida a denúncia, reconhecendo a tolerância e convivência do Brasil com a violência contra a mulher, sendo publicado o Relatório nº 54/2001, que isto expressou no item VII:

Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1 do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil (CIDH, 2001).²

Houve então formal sugestão ao país de reforma da legislação, para garantia de maior apoio às mulheres vítimas de agressão. Surgiu no dia 07 de agosto de 2006, como decorrência, a Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, Lei nº 11.340/06, a Lei Maria da Penha.

Políticas públicas foram fixadas, órgãos policiais, judiciais e sociais foram estabelecidos para evitar e proteger de imediato a mulher vítima de violência. É

¹ Lei nº 9.099/1995.

² Consulta em 11/09/2016 do site <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

institucionalizada proteção à mulher, tendência normativa internacional³ em resposta ao movimento feminista e marco civilizatório.

Demorou o Brasil. Já em 1984 tinha assinado a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e em 1994 tornou-se signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, mas legislou nesse sentido apenas em 2006, pela Lei Maria da Penha.

Nas normas nacionais, já pela Constituição Federal era garantida a preservação da família e de seus integrantes dos atos de violência, pelo art. 226, § 8^o, embora sem delimitação legal até o marco da Lei nº 11.340/2006.

A Lei Maria da Penha veio a materializar no Brasil norma de proteção à mulher, como resposta ao movimento feminista e às normas internacionais de sua proteção, assim merecendo o tratamento sempre admitido como frágil na relação afetiva e familiar.

3. Caráter penal da Lei Maria da Penha

Para os fins deste estudo, necessário é o exame das normas contidas na Lei Maria da Penha, para definição de sua natureza penal, civil ou processual, de modo a observarem-se as diferenças na incidência e interpretação dessas regras. Especialmente a delimitação da norma penal terá relevância, por sua incidência não analógica ou retroativa.

3.1 Norma penal – características

Bitencourt (2014, p. 36) expressa como direito penal o *conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança.*

Também Dias (2007, p. 3) designa direito penal *ao conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo do direito... é a pena, a qual só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha actuado com culpa.*

Realmente, embora diverjam autores penais acerca da necessidade de intervenção do direito penal, na proteção necessária ou não a bens jurídicos, é uniforme a compreensão de que

³ A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em 1979 a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

⁴ § 8^o 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.

é direito penal, é norma penal, aquela definidora de crimes e penas. Esta é a clássica definição de norma penal incriminadora: conteúdo delimitador da conduta criminosa e sanção cabível.

Também possui o direito penal normas não incriminadoras. Poderão estas normas não incriminadoras classificarem-se como permissivas, exculpantes, interpretativas, complementares, diretivas e integrativas. Sempre, porém, atingirão essas normas, mesmo não incriminadoras, a delimitação do crime ou da pena. Serão apenas detalhamentos, interpretações ou exclusões das condutas tidas como criminosas pela norma penal incriminadora.

Deste modo, incriminadora ou não, a norma penal sempre terá por tema a conduta criminosa e a sanção correspondente. Tratando do crime, de sua compreensão e alcance, de sua incidência, ou, de outro lado, tratando da pena, sua alteração ou exclusão, será a norma de natureza penal.

Mesmo as chamadas normas mistas, de conteúdo simultaneamente processual e penal, porque precisarão ter aplicação una – não se pode separar apenas uma parte da norma, para que seja em parte interpretada e aplicada como penal – serão tratadas como norma penal.

De modo mais simples e direto, pode-se classificar como norma penal aquela que trate ou afete crime ou pena.

São caracteres da norma penal a exclusividade, a imperatividade, a generalidade e a abstração. É exclusiva a norma penal porque *somente ela define infrações e impõe penas* (Jesus, 1988, p. 14). É imperativa, porque autoritariamente impositiva, obrigatória a todos; é geral por sua incidência *erga omnes*, e é abstrata porque *não se endereça seu mandamento proibitivo a um indivíduo* (Jesus, 1988, p. 16), mas de modo impessoal a fatos futuros.

Pode também ser acrescido como característica da norma penal a anterioridade, pois somente pela formal existência prévia de lei delimitadora da conduta proibida e com especificada sanção, é que se poderá ter a incidência do direito penal. Costumes não criam crimes, sensações morais não criminalizam, desejo de justiça social não justifica o apenamento.

É a lei formal a única fonte imediata do direito penal.

Essa delimitação da norma penal, definidora ou com reflexos diretos no crime ou na pena, de todo relevante neste estudo, pela necessidade de caracterizar normas da Lei Maria da Penha dentro ou fora do conteúdo penal, com os reflexos daí decorrentes.

3.2 Enquadramento da Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha trouxe regulações que diretamente afetam a relação familiar, o direito de posse e de gestão, o procedimento e efeitos criminais, e a instituição de políticas governamentais para a proteção da mulher.

É lei que reúne, pois, institutos de variados ramos do direito, do direito administrativo e de família, ao direito penal.

Têm-se normas de direito administrativo e civil na adoção de políticas públicas protetivas da mulher. Assim se dá no Título I que, ao tratar das Disposições Preliminares, nos artigos 1º a 4º, faz proposição do não preconceito à mulher, com gozo *dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana* e considerados *os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar*.

A Assistência à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar é trazida no Título III, com políticas públicas de educação, conscientização social – Capítulo I -, e de apoio nas áreas da saúde e assistência social⁵, assim como ao trabalho⁶ da mulher vítima de violência doméstica – Capítulo II. Nas Disposições Finais (Título VII), volta a Lei Maria da Penha a prever medidas governamentais educativas, de controle e apoio à mulher⁷.

São regras de proteção do direito sanitário e de saúde, assim como do direito administrativo (inclusão em programas assistenciais e na gestão da saúde, bem como na remoção preferencial de servidora) e trabalhista (afastamento do trabalho por seis meses, sem perda do vínculo) em favor da mulher.

O Título II trata Da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, abordando o que é essa violência, quais as suas modalidades e onde pode ser praticada. Por ter alcance no procedimento criminal ou fora dele, pode ser ou não norma processual ou penal.

Já o Capítulo III do Título III, trata Do Atendimento pela Autoridade Policial, com medidas processuais (comunicação ao Ministério Público e Judiciário, perícia médica, colheita de provas, identificação do agressor, e pleito de medidas protetivas) e de proteção pessoal da

⁵ Art. 9º *A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.*

§ 1º *O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.*

§ 3º *A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.*

⁶ Art. 9º, 2º *O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:*

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

⁷ Artigos 35, 36, 38/40.

vítima (encaminhada a posto de saúde, com garantia de informação plena, de segurança e transporte pessoal e de seus bens).

Aqui se tem nova reunião de ramos do direito de saúde e administrativo, mas passa a ter normas processuais penais na regulação do procedimento para a persecução criminal. Essa delimitação processual penal segue no Título IV, ao tratar dos Procedimentos em caso de violência. Embora expresse a lei seu alcance no cível e no crime (Capítulo I), fala em atuação do delegado de polícia, que se dá apenas frente ao juiz criminal. Novamente quando insere a Lei Maria da Penha restrição ao exercício do direito de ação penal, exigindo como foro único⁸ de retratação da representação a audiência judicial⁹, tem-se clara regra de procedimento, de processo penal.

A seguir tratou a Lei Maria da Penha de medidas protetivas urgentes e as destinou à competência do juiz criminal, pois ele é quem recebe *o expediente com o pedido da ofendida*¹⁰, feito pelo Delegado de Polícia¹¹. Assim, apenas juiz criminal poderá cautelarmente, com ou sem contraditório, decretar *a prisão preventiva do agressor*¹² e comunicar a vítima *atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão*¹³ - novidade muito interessante, pois não prevê o sistema processual penal brasileiro a participação ou comunicação de atos à vítima, ressalvada a situação do assistente de acusação.

Também é atribuição do juiz criminal decidir sobre medidas de urgência que permitam segurança à vítima e a seus bens¹⁴, inclusive tratando em urgência de questões a serem solvidas

⁸ Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

⁹ Art. 11, § 1o O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

¹⁰ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

¹¹ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

¹² Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

¹³ Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

¹⁴ 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:

na vara de família (suspendendo direito de moradia, de visita a filhos, separação de corpos e alimentos provisórios) ou cível (bens subtraídos da vítima, proibição de negociar bens e caução provisória por perdas e danos da violência).

A competência do juiz criminal vem inclusive expressada pela lei, embora com caráter provisório (artigo 33)¹⁵.

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 (Código de Processo Civil).

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.

¹⁵ Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

A lei previu a intervenção do juiz criminal em questões cíveis pela situação de urgência, de modo que no foro competente poderão ser tais providenciais iniciais alteradas ou canceladas. Também neste ponto se tem novidade, pois a delimitação pela competência tem gerado atuações de magistrados em regra a ela delimitados, mesmo em situações emergenciais.

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, veio após a confirmar a presunção de validade de decisões de urgência mesmo ante incompetência absoluta: *Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente*¹⁶.

Realmente, sendo inafastável a jurisdição sobre *lesão ou ameaça a direito*¹⁷, nada impede ao juiz incompetente solver temas de urgência, que restariam prejudicados pela demora na declinação de competência, mas isto ainda é novidade legislativa e prática pouco constatada na jurisprudência nacional, que possui julgados desfavoráveis¹⁸ e favoráveis a esta solução¹⁹.

¹⁶ Art. 64, § 4º.

¹⁷ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁸ PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR CONCEDIDA. JUÍZO DECLARADO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. ATOS DECISÓRIOS DECLARADOS NULOS. ART. 113, § 2º, DO CPC. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA.

1. A incompetência absoluta declarada do juízo, com a determinação de remessa dos autos ao juízo competente, importa "em regra" a cassação da liminar anteriormente concedida, porquanto todos os atos decisórios são considerados nulos, a teor do que dispõe o art. 113, § 2º, do CPC. Precedentes: REsp 879158/ES, DJe 04/08/2008; AgRg no MS 11254/DF, DJ 13/11/2006; AgRg na Rcl 1.001/SP, DJ 04/02/2002; AgRg na SL 38/RS, DJ 20/09/2004.

2. Consoante assentado na doutrina: "(...) o desvio na incompetência absoluta é tão grave que o próprio juiz de ofício e, portanto, independentemente de provocação da parte, pode denunciar a sua incompetência absoluta, devendo a parte alegá-la na primeira oportunidade em que se manifesta nos autos, mercê de o vício poder ser suscitado em qualquer tempo e grau de jurisdição antes de transitar em julgado a decisão. Transitada esta, o vício ainda pode figurar como causa petendi de ação rescisória;

por isso, os atos decisórios do juízo absolutamente incompetente são nulos (art. 113, § 2º c.c art. 485, inciso II, do CPC), como, v.g., o que defere a liminar antecipatória". (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 3ª ed., p. 102) 3. Recurso especial provido.

(REsp 1104546/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 08/10/2009)

¹⁹ PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA JULGADO ORIGINARIAMENTE POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO DENEGATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

1. Em obséquio ao art. 105, II, "b", da Carta Magna, a interposição de recurso especial pelo impetrante contra acórdão denegatório de mandado de segurança julgado originariamente por Tribunal de Justiça constitui erro grosseiro, não sendo aplicável o princípio da fungibilidade. Precedentes.

2. O art. 113, § 2º, do CPC, não tem carga normativa suficiente para infirmar as razões alinhavadas pelo aresto recorrido, que reconheceu a incompetência absoluta do juízo, mas manteve o deferimento de liminar em face da urgência até manifestação do juiz competente.

Incidência da Súmula 284/STF.

3. O dispositivo não trata, e também não impossibilita o juiz, ainda que absolutamente incompetente, de deferir medidas de urgência. A norma em destaque, por força dos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, somente determina que, reconhecendo-se a incompetência do juízo, os atos decisórios serão nulos, devendo ser aproveitado todo e qualquer ato de

No mesmo sentido aborda Alvim (1994), que mesmo em incompetência absoluta podem medidas urgentes ser ordenadas por qualquer juiz. E também Medina (2011) esclarece que o juiz incompetente deve, presentes os requisitos necessários à concessão da liminar, fixar esta medida para após remeter os autos ao juízo competente.

Após, vem o Capítulo III, do Título IV, a prever como necessária a intervenção do Ministério Público, fiscal da ordem jurídica que atua no feito pelo interesse de vulnerável, a mulher, como veio a Lei Maria da Penha a tratá-la. Já no artigo 37, é prevista a intervenção do Ministério Público – assim como de associação da área – como substituto processual em favor de interesses não individualizados da mulher vítima de violência doméstica ou familiar²⁰. São regras de proteção processual ao presumidamente frágil, individual ou coletivamente.

Como garantia, é assegurada a assistência judiciária à mulher, gratuitamente quando necessário²¹.

conteúdo não decisório, evitando-se com isso a necessidade de repetição. Precedente: AgREsp 1.022.375/PR, de minha relatoria, DJe 01^o.07.11.

4. Recurso especial do particular não conhecido. Recurso especial do Estado do Espírito Santo conhecido em parte e, nesta parte, provido tão somente para afastar a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC.

(REsp 1273068/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 13/09/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS PARA O JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

ART. 113, § 2^o, DO CPC. LIMINAR MANTIDA ATÉ NOVA MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. ARTS. 798 E 799 DO CPC.

1. Recurso especial no qual se discute a validade da decisão proferida pelo Tribunal de origem que, não obstante tenha reconhecido sua incompetência absoluta para apreciar o mandado de segurança originário, manteve o provimento liminar concedido até nova ulterior deliberação do juízo competente, a quem determinou a remessa dos autos.

2. A teor do art. 113, § 2^o, do CPC, via de regra, o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo implica na nulidade dos atos decisórios por ele praticados. Entretanto, tal dispositivo de lei não inibe o magistrado, ainda que reconheça a sua incompetência absoluta para julgar determinada causa, de, em face do poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do CPC, conceder ou manter, em caráter precário, medida de urgência, para prevenir perecimento de direito ou lesão grave e de difícil reparação, até ulterior manifestação do juízo competente, o qual deliberará acerca da subsistência, ou não, desse provimento cautelar. Nessa mesma linha: REsp 1.273.068/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 13/09/2011.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1288267/ES, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012)

²⁰ Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil.

Parágrafo único. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva.

²¹ Artigos 27 e 28.

Estabeleceu a Lei Maria da Penha, ainda, a especialização daqueles que atuam no procedimento criminal²², como órgãos e como agentes.

Os últimos artigos da Lei nº 11.340/2006 tratam de matéria penal e processual penal. São de processo penal, pois não afetam crime ou pena, os artigos 42 e 45. O primeiro cria hipótese de prisão preventiva e o segundo especifica cursos *de recuperação e reeducação* ao agressor apenado com pena alternativa de limitação de final de semana.

São de conteúdo penal, os artigos 43 e 44. O artigo 43 cria agravante de *violência contra a mulher na forma da lei específica* e o artigo 44 aumenta a pena da lesão corporal contra parentes específicos ou pessoa em coabitação.

Também já antes, nas disposições gerais do procedimento, prevê o art. 17²³ alteração nas penas de violência doméstica, excluindo penas pecuniárias, alternativa (prestação pecuniária) ou substitutivamente (penas até seis meses - art. 64 do Código Penal).

Tratando de sanção penal, são os artigos 17, 43 e 44, claramente normas de natureza penal.

Finalmente, o artigo 41 da Lei Maria da Penha afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95, a Lei dos Juizados. Embora trate de rito, matéria processual penal, ao impedir a incidência dessa lei em verdade acaba o legislador por também impedir os institutos de desprocessualização e despenalização na lei dos juizados previstos: a conciliação (em ações penais privadas), a transação e a suspensão condicional do processo (em ações penais públicas). Ao impedir o afastamento da pena, tem-se norma penal.

Assim, embora com muitas normas de conteúdo familiar, patrimonial, sanitário, de assistência social, de proteção da saúde e societário, contém a Lei Maria da Penha também normas de conteúdo processual penal e de direito penal. As regras do procedimento em caso de violência são de natureza processual penal, mas as majorações de pena e as restrições à incidência de benefícios na espécie de pena ou em sua não aplicação, são desenganadamente de natureza penal.

3.3 Efeitos de norma penal

²² Artigos 29 a 32, 34.

²³ Art. 17. *É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*

A definição de normas de conteúdo cível, em amplo sentido, na Lei Maria da Penha, ao lado de normas de conteúdo processual penal e penal, traz diferentes consequências quanto à incidência e interpretação.

Embora seja o procedimento de violência doméstica contra a mulher processado no juízo criminal, destinatário da comunicação do delito pela autoridade policial, como acima indicado, poderá existir processo em vara de família ou cível para tratar de temas da competência específica, como divórcio, separação de sociedade comercial do casal.... Nos feitos cíveis poderá o magistrado valer-se diretamente das normas e medidas cíveis de urgência da Lei Maria da Penha. Não poderá o juízo cível, porém, adotar medidas processuais penais de urgência (como prisão), mesmo ante a gravidade da situação fática, porque não se terá então a exclusiva garantia individual (em favor da vítima), mas também a vulneração da garantia individual de outrem, o acusado da agressão, que constitucionalmente só pode ser preso por *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*²⁴.

Poderá o magistrado cível também adotar medidas de natureza mista, ainda que por analogia. É o caso de ordenar o acompanhamento da vítima à residência, proibição de contatos e encaminhamento a programas assistenciais, além das medidas cíveis relacionadas à ação.

De outro lado, como normas penais, nenhum juiz cível poderá tratar de crimes ou penas da violência doméstica contra a mulher.

Além da competência, é efeito diferenciador da natureza das normas a incidência temporal retroativa, cabível a normas penais mas não a normas processuais.

Assim, poderá o magistrado determinar a prisão preventiva daquele que tivesse agredido a mulher antes da vigência da Lei Maria da Penha – em razão do princípio da imediatidade²⁵ -, porque mesmo a fatos pretéritos aplica-se a lei nova aos processos em andamento.

Já às normas penais não se aplica o princípio da imediatidade, mas sim o princípio da anterioridade, ou da irretroatividade da lei penal, que somente permite incidir a lei aos fatos ocorridos na sua vigência. A retroação somente é possível *in mellius*, em favor do cidadão acusado, de modo que a lei nova retroagirá apenas para beneficiar o agente.

²⁴ *LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;*

²⁵ **Aplicação da lei procesual penal:** a regra é que seja ela aplicada tão logo entre em vigor e, usualmente, quando é editada nem mesmo *vacatio legis* possui, justamente por ser norma que não implica na criminalização de condutas, *inexistindo período de conhecimento da sociedade* (Nucci, 2004, p. 62).

Como a Lei Maria da Penha traz normas penais que sempre pioraram a resposta penal ao agressor, nenhuma de suas previsões poderá retroagir²⁶, isto inclusive normativamente assegurado²⁷.

Outra decorrência do tratamento como norma penal, é a incidência estrita do princípio da legalidade²⁸, regra de limitação ao poder punitivo estatal que somente admite a incriminação por expressa previsão normativa:

Frente a isto, o princípio da legalidade, que agora vamos expor, serve para evitar uma punição arbitrária e não previsível sem lei, ou baseada em uma lei imprecisa ou retroativa. (ROXIN, 1994, p. 137)²⁹

Disso decorre que não poderá ser criminalmente perseguido quem a lei não defina como sujeito ativo do crime. E então se tem a discussão sobre a incidência da Lei Maria da Penha a agressores que não sejam do sexo masculino, ou em relações homoafetivas, como será no próximo item deste artigo desenvolvido.

Há ainda de se lembrar que, pelos princípios da legalidade estrita e da lesividade, as muito variadas formas de violência contra a mulher³⁰, abrangendo a violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral, somente poderão configurar crime quando gerarem efetivo e relevante dano pessoal – danos irrelevantes não autorizam a muito severa intervenção do direito penal.

Como crime, a violência doméstica terá comunicada a elementar, agressor com

²⁶ *O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra o seu fundamento na própria natureza do direito penal. Se o direito penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor, a sucessão de leis que alteram a ingerência do Estado no círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta (Zaffaroni, 2007, p.201).*

²⁷ - Pacto de São José da Costa Rica, art. 9º: *Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.*

- Constituição Federal, art. 5º, XL: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

- Código Penal Brasileiro, art. 2º: *Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

²⁸ *... pelo principio da legalida, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (Bitencourt, 2014, p.51).*

²⁹ Tradução livre.

³⁰ Talvez até em demasia, pelo risco de imprecisão e de criminalização de condutas não relevantemente lesivas à mulher e à sociedade.

convivência, a terceiros que com ele colaborem³¹, pois circunstância tipificadora do crime de violência doméstica e familiar.

Isto fixado, é de se ressaltar que não pode a norma penal ampliar sua incidência, sem previsão expressa, a pretexto de buscar o intérprete alcançar o sentido de evolução ou de justiça sociais; sem lei prévia, não cabe a incidência de conduta criminosa. Pode até ser melhor à sociedade que se protejam a todas que mulher se considerem e como tal se apresentem, pode ser até socialmente recomendável a intervenção penal mais gravosa em favor de vulneráveis nas relações afetivas, mas para isto precisará antes definir a lei pena por crime a esses agressores, para que possam ser sujeitos ativos de crime e penalmente perseguíveis.

Até a interpretação da norma penal diferirá das normas de direito civil (família, propriedade e contratos) ou administrativo (de integração a programas assistenciais, de proteção da saúde da mulher que sofre a violência doméstica), pois apenas o direito penal tem por foco a atuação do cidadão com plena liberdade fora dos limites de restrição estatal, com interpretação sempre restritiva da norma incriminadora.

Muito há a se pensar em alteração do direito posto, mas a extensão por interpretação ou, pior, por analogia, de normas penais, não pode ser admitida, já que violadora de preceitos primários de proteção constitucional ao cidadão.

4. A vítima protegida pela da Lei Maria da Penha

A vítima de crimes protegida pela Lei Maria da Penha ganha relevância com o caráter penal da norma, por ser então aplicável essa lei protetiva apenas aos casos por ela taxativamente previstos. É a interessante discussão de quem pode ser sujeito ativo e passivo no crime de violência doméstica da Lei nº 11.340/86, que já adiantou o autor deste artigo em prévio estudo (CORDEIRO, 2016).

Sendo norma penal, não pode o tipo incriminador ser direcionado a condutas ou agentes por ele não previstos. É a segurança pelos princípios da legalidade e da anterioridade penal.

Daí porque jurisprudencialmente tem prevalecido a compreensão de que o agressor somente pode ser homem, com vítima mulher. Trata-se de entendimento pela diferenciação binomial pelo sexo de nascimento.

³¹ Código Penal, art. 30 - *Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

Sem dúvida a partir dos movimentos sociais e de evolução doutrinária, muita crítica pode ser feita à proteção baseada no sexo, mas não há como negar ao feminismo a garantia da proteção presumida à fragilidade da mulher.

Assim veio a lei a dizer que vítima da violência doméstica é a mulher, presumindo sempre a mulher como frágil e merecedora de especial proteção. Não é possível a prova de ausência de vulnerabilidade concreta da mulher, porque proteção ao feminino.

A esta conclusão se chega por várias disposições da Lei nº 11.340/86, que indicam proteção pelo sexo, como no *caput* do art. 5º: *configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero*.³²

Também a exposição de motivos da Lei Maria da Penha expressa destinar-se a nova lei ao *atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica*, pois as *desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural*, sendo necessário assegurar o respeito aos *direitos humanos das mulheres*, como previsto na *Convenção de Belém do Pará*, o *artigo 7º do Projeto define claramente as formas de violência contra a mulher e por convenções internacionais e visa propiciar às mulheres de todas as regiões do País*, de modo que a *igualdade está a exigir; portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica*, inclusive com *alterações no que tange ao procedimento nas ocorrências que envolvam a violência doméstica e familiar contra a mulher*³³.

³² Entre outros artigos, vale lembrar as sucessivas previsões legais destinadas à vítima mulher, como gênero:

Art. 1o Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher... Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Art. 3o § 1o O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero

Art. 6o A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

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

Art. 8o A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher

Art. 9o A assistência à mulher em situação de violência doméstica

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa..

³³ 6. O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres...

12. É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica...

14. As disposições preliminares da proposta apresentada reproduz as regras oriundas das convenções internacionais e visa propiciar às mulheres de todas as regiões do País...

Tratando-se de intenção do legislador, corporificada em norma penal expressa – e assim impedindo sua ampliada incidência a fatos por ela não taxativamente previstos – e tendo a lei expressado seu alcance pelo critério de sexo mulher, resta impedida interpretação divergente para a proteção do frágil.

A expressão legal gênero feminino vem esclarecida nas disposições da lei com igualadora ao sexo feminino, tanto nas citadas previsões como mulher, como nas normas internacionais embasadoras da Lei Maria da Penha, tudo orientado pelo movimento feminista.

Assim, abarca a Lei Maria da Penha a violência na relação tradicional do casal homem-mulher.

Na agressão entre homens não é atingido o gênero feminino e não se aplica por decorrência a Lei Maria da Penha. Na agressão entre mulheres tampouco se tem violência ao gênero; ainda que a vítima então seja mulher, não é ela agredida porque mulher, e sim porque eventualmente mais frágil.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça caminham nesse sentido, o que gera maior impacto aos operadores do direito por ser a Corte responsável pela interpretação do direito federal. Isso ocorreu exemplificativamente no HC 212.767/STJ³⁴. Indiretamente, o próprio

16. *As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural...*

18. *Segundo previsto na Convenção de Belém do Pará, o artigo 7º do Projeto define claramente as formas de violência contra a mulher. De acordo com o “Modelo de Leyes y Políticas sobre Violencia Intrafamiliar contra las Mujeres”, publicado em abril de 2004, pela Unidad, Género y Salud da Organização Mundial de Saúde - OPS/OMS, toda legislação política e pública deve incluir as definições de violência contra a mulher em cada uma de suas manifestações: física, sexual, psicológica, moral e patrimonial.*

21. *Nos artigos em que são tratados o atendimento pela autoridade policial, foram propostas alterações no que tange ao procedimento nas ocorrências que envolvam a violência doméstica e familiar contra a mulher.*

³⁴ HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL LEVE. LEI N. 11.340/06. INAPLICABILIDADE ENTRE IRMÃOS. MULHER. SUJEITO PASSIVO. AD ARGUMENTANDUM TANTUM. ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA. AUDIÊNCIA PARA RETRATAÇÃO. OBRIGATORIEDADE CONDICIONADA A INTENÇÃO DA VÍTIMA DE RETRATAR-SE. MÓVEL NÃO-MANIFESTADO OPORTUNAMENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Lei n. 11.340/06. Sujeito passivo: mulher. In casu, a relação de violência retratada neste feito ocorreu entre dois irmãos. Inaplicabilidade. Precedentes.

2. Não há se falar em realização de audiência retratatória, pois a Lei Maria da Penha é inaplicável na hipótese em apreço.

3. Ad argumentandum tantum. A obrigatoriedade da realização da audiência está condicionada à prévia manifestação da vítima, expressa ou tácita, de retratar-se antes do recebimento da denúncia, circunstância que não ocorreu na hipótese dos autos, como bem asseverou a Corte originária.

4. A tese de que a vítima possuía o desejo de revogar a autorização para a deflagração da ação penal, inegavelmente, confronta-se com as premissas assentadas pelo Tribunal de origem. Destarte, a alteração do julgado, da maneira explicitada, demanda revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, circunstância interdita na via angusta do habeas corpus.

5. Ordem denegada.

(HC 212.767/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 09/11/2011)

Supremo Tribunal Federal, na ADC 19/2012³⁵, foi em igual sentido.

Também Pedro Rui da Fontoura Porto (*apud* CAVALCANTI , 2007, p. 33), argumenta:

Com efeito, quando, no ambiente doméstico, afetivo ou familiar, uma mulher agride, ameaça, ofende ou lesa patrimonialmente outra mulher, o sucedido criminoso, opera-se entre partes, supostamente iguais – duas mulheres – e não justifica um tratamento mais severo à mulher que agride a outra mulher do que àquela que lesiona, ofende ou ameaça um homem. A Lei 11.340/06 não finaliza dar uma proteção indiscriminada à mulher, mas sim proteger a mulher em face do homem, supostamente mais forte, ameaçador e dominante no quadro cultural, daí porque não se aplica a referida legislação quando sujeito ativo for do gênero feminino, *podendo-se, destarte, afirmar que o sujeito ativo de crimes praticados em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, para os efeitos da Lei 11.340/06, é apenas o homem.* (grifou-se)

Verdade é que a Lei Maria da Penha se encarrega também de trazer dúvida à clara pretensão legislatória de abranger apenas o sexo feminino. O artigo 5º da Lei nº 11.340/86 indica que *As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.* Poderia daí surgir a compreensão de que se é protegida a pessoa, independente de sua orientação sexual, se estaria também acobertando a relação homoafetiva.

Esta é a compreensão de Gomes (2009), Souza (2007) e Hermann (2007), que atestam incidir a Lei Maria da Penha a quaisquer vitimados da violência doméstica, sejam homem, mulher, pessoa que se compreenda como de um ou outro sexo, ou que não assuma sexo definido, bastando a violência entre pessoas que convivam pelo afeto. A tese, porém, é baseada na analogia e já no item anterior se fixou a impossibilidade dessa integração normativa em direito penal incriminador.

³⁵ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI N^o 11.340/06 - GÊNEROS MASCULINO E FEMININO - TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros - mulher e homem -, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI N^o 11.340/06 - JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - REGÊNCIA - LEI N^o 9.099/95 - AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.

(ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014)

Mais restritivamente, Dias (2007) pretende a incidência da Lei Maria da Penha a quem como mulher se identifique, seja como lésbicas, transexuais, travestis ou transgêneros. Basta a compreensão interna como mulher para incidir a norma protetiva das mulheres.

É compreensão compatível com a noção de gênero, de como se compreende a pessoa na sua individualidade e frente aos demais na sociedade, mas que também esbarra na delimitação taxativa legal.

Em meio termo ficam precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que protege agressões apenas à mulher, mas admite a incidência da Lei Maria da Penha para autores de qualquer sexo. Tem-se, então, a incidência da Lei Maria da Penha para relações homoafetivas exclusivamente entre mulheres ³⁶ e, por este critério, pela agressão de qualquer pessoa – independentemente de gênero ou orientação sexual – contra uma mulher com quem conviva

Em todas as pretensões ampliativas, não aceitas nos tribunais superiores do Brasil, tem-se o obstáculo de legalidade e da não analogia *in malam parte*. A lei quis e disse seu alcance para sexo feminino, em proteção à mulher socialmente frágil, esta relação reproduzida em sua relação afetiva.

Assim também manifesta FERNANDES (2015, p. 50):

“Gênero” é o critério diferenciador para aplicação da Lei Maria da Penha. Ainda que ocorra violência contra a mulher, somente terá incidência a legislação se a conduta for praticada em razão de uma questão de gênero, porque o agressor é homem e porque a vítima é mulher.

E esclarece a autora que igual tratamento legal é adotado na Espanha, na Lei Orgânica nº 1, de 28 de dezembro de 2004.

Também o Brasil fez a opção da proteção pelo feminismo, pelo sexo feminino. Outros frágeis ou mesmo que se assumam como mulher não estarão nessa situação legalmente prevista e não poderá se fazer incidir a Lei Maria da Penha. Haverá crime na violência, mas na abrangência comum do Código Penal.

5. Perspectivas evolutivas na proteção da Lei Maria da Penha – proteção ao gênero ou ao vulnerável.

³⁶ Por força de exigência legal, o sujeito passivo, para fins de incidência da proteção e assistência previstas na Lei Maria da Penha, deve ser mulher. Todavia, no que tange ao agressor, isto é, ao sujeito ativo, a Lei nº 11.340/86, no parágrafo único de seu art. 5º, não repetiu o mencionado requisito, permitindo, por conseguinte, sua aplicabilidade também em hipóteses de relações homoafetivas entre mulheres. (TJMG, ACRIM 10024131251969001, 2ª C. Crim, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, p. 03/02/2014)

Surge a Lei Maria da Penha como proteção à mulher, em movimento claramente influenciado pelo feminismo, na preservação jurídica diferenciada a quem socialmente e na relação familiar é vulnerável.

A discussão de sexo e gênero, porém, acaba por influenciar os caminhos da proteção penal ao desfavorecido na relação afetiva.

Sem dúvida família e afeto não podem ser admitidos pela classificação dualista e heterossexual de casais com sexo diferente. A evolução doutrinária, notadamente do último século, isto já não permite sequer discutir.

Movimentos sociais, notadamente pelo feminismo e pelo movimento homossexual, conseguiram provocar um repensar coletivo. Embora ainda forte o preconceito e a rejeição aos que não sejam heterossexuais, passa-se gradualmente a tolerá-los e a incorporá-los como sujeitos de direito das normas jurídicas. Isto é necessário como evolução da compreensão do todo de unidades que compõem a sociedade, como imprescindível à dignidade humana.

A busca da igualdade material, de oportunidades, a todas as pessoas, faz evoluir conceitos clássicos de família, casamento, gênero...

Ainda em desenvolvimento, a doutrina passou a consagrar o esvaziamento da heteronormatividade, um tradicional *conjunto de instituições, de estruturas, de compreensão e de orientações práticas que fazem não só com que a heterossexualidade pareça coerente como seja privilegiada* (PELÚCIO, 2009, p. 30).

Evolutivamente, no século XX o feminismo conseguiu importantes avanços para a igualdade. As mulheres passaram da condição de propriedade masculina, à igualdade meramente formal das leis e buscam ainda a igualdade concreta na sociedade.

Daí a proteção pela Lei Maria da Penha especificamente à mulher, como gênero igualado ao sexo, feminino.

O importante movimento social do feminismo traz, contudo, a deturpação de classificarem-se as pessoas pelo dualismo masculino e feminino, o que não reflete as individualidades.

Gênero não se confunde com sexo. Se nasce normalmente a pessoa com órgão sexual e aparelho reprodutivo de homem ou mulher – embora nem isto necessariamente –, a forma como se vê essa pessoa e seu desejo sexual podem não corresponder à estrutura determinada pela natureza. Gênero é dimensão individual, por ser de autodefinição – como se vê a pessoa, frente ao binômio homem/mulher e ao seu desejo sexual –, mas também é dimensão relacional (HEILBORN), pois fenômeno social.

BUTLER (1990) bem ressalta a incoerência da proteção pelo gênero. Não se podem enquadrar todas as concepções individuais de gênero no binômio masculino-feminino. Gênero é concepção de autodefinição e não categoria socialmente imposta pelo órgão sexual com que nasce a pessoa.

Assim, embora de todo relevante a proteção a quem nasce como mulher, trazida pela Lei Maria da Penha, como acima se viu, é preciso considerar que o gênero feminino abrange mais do que o sexo feminino.

A Lei Maria da Penha, reflexo do movimento feminista, é necessária e importante para a sociedade, pois norma protetiva de pessoa historicamente vulnerável: a mulher. Não previu essa lei brasileira, porém, a proteção de outras pessoas também socialmente vulneráveis e desprotegidas, por sua determinação de gênero ou de preferência sexual.

Pode a norma penal evoluir para a proteção ao gênero feminino em sentido amplo, àqueles que se entendam como mulheres. Essa ampliação fortalecerá a proteção de excluídos sociais, notadamente, mas não exclusivamente, homossexuais e travestis.

Ao par da grande vantagem da ampliação de vulneráveis que passariam a ser protegidos, a alteração trará também riscos, notadamente pelo subjetivos e pela necessidade de comprovação da condição de gênero alegada.

Como necessária à ampliação do conceito de gênero a admissão no processo de que a vítima se entende como mulher, passa a incidência da proteção legal a exigir prévia definição do que é gênero feminino na compreensão do juiz. É subjetivismo quanto a quem pode ser agressor ou agredido na relação familiar, que pode variar na compreensão dos diversos juízes brasileiros.

Note-se, ademais, que enquanto na delimitação atual sempre estará a mulher protegida pela Lei Maria da Penha, compreendida como proteção inarredável à mulher, sempre presumida frágil, na proteção pelo gênero a quem mulher se considere pode-se ter no agressor pessoa com igual compreensão de gênero – e então não teria sentido norma penal mais gravosa, por inexistir necessidade de mais gravosa repressão penal a pessoa que não agride outrem mais vulnerável.

Também surgirá com a ampliação da proteção penal à plena proteção pelo gênero feminino, a dificuldade de casuisticamente ser demonstrado que vítima e agressor não alteraram a autodefinição de gênero apenas para fazer incidir a legislação penal mais protetiva. A prova do gênero pela compreensão individual passaria a ser pressuposto da incidência da lei, dificultando sua comprovação e incidência.

Outra possibilidade evolutiva da norma penal é de admitir-se a proteção não ao gênero, mas à vulnerabilidade. Com isso se alargaria ainda mais a proteção penal; protegida seria não

somente a mulher, não somente aquelas que mulher se considerem ou assim se apresentem, mas também todos aqueles vulneráveis (em posição relacional com o outro parceiro) que sofram violência. A proteção penal seria a mais ampla.

Os mesmos riscos antes indicados para o alargamento da condição de gênero voltariam a aqui ocorrer: subjetividade e dificuldade probatória. Subjetiva será a aferição judicial de pessoa vulnerável na relação afetiva, e assim de incidência perigosa na seara criminal. Dificuldade adicional, também, surgirá para a prova dessa vulnerabilidade.

Ademais, poderá então ter-se situação paradoxal de buscar o homem demonstrar ser ele o frágil – econômica, social ou mesmo fisicamente – na relação com a mulher com quem conviva, em condição que pode ser até materialmente justa, mas que foge ao sentido evolutivo da proteção da mulher (feminismo) ou do frágil socialmente.

Enfim, muito há que se pensar nas vantagens e riscos de evoluir a proteção penal hoje agasalhada pela Lei Maria da Penha. O direito penal exige tratamento subsidiário e fragmentário, aplicando-se como última proteção de direito a bens social e juridicamente mais relevantes, de modo que efetivamente deve a lei penal dar mais gravosa resposta a quem atinge vulnerável com quem conviva, mas a cautela deve imperar para que a evolução não se transforme em prejuízos à luta dos direitos de pessoas socialmente não iguais em oportunidades.

6. Considerações finais

A luta pela igualdade entre os sexos masculino e feminino exige intervenção estatal positiva, criando oportunidades adicionais ao socialmente desfavorecido, a mulher.

Na relação familiar repete-se a vulnerabilidade social da mulher, agora com a inclusão da comum vulnerabilidade física, frente ao homem, seu companheiro de afeto.

Após constatada por séculos, inclusive no Brasil, a violência contra a mulher em relações familiares e domésticas somente veio a ser introduzida no país em cumprimento a condenação internacional.

É evolução normativa que reflete pressão do movimento feminista e que busca melhor proteger a mulher, ainda sem igualdade social ou familiar. Pretende-se valorizar a mulher protegida e evitar o ciclo de violência que historicamente sofre.

A distinção da natureza jurídica das normas contidas na Lei Maria da Penha é necessária para a definição de seu alcance, retroação temporal e foco interpretativo. Delimitou-se que embora com muitas normas de conteúdo familiar, patrimonial, sanitário, de assistência

social, de proteção da saúde e societário, assim como de processo penal, as majorações de pena e as restrições à incidência de benefícios na espécie de pena ou em sua não aplicação, previstas pela Lei Maria da Penha, são normas de natureza penal.

Esta delimitação influencia diretamente na discussão sobre a proteção da Lei Maria da Penha também ao gênero feminino, pessoas que se considerem e se apresentam socialmente como mulheres.

O estudo mostra a diversidade de opiniões quanto ao alcance dos atingidos pela violência doméstica, mas conclui que por se tratar de norma penal – prevendo majoração de penas ou impedimento de benefícios em penas – a aplicação não poderá dar-se por analogia ou interpretação pelas finalidades sociais, assim se limitando à agressão do homem contra mulher com quem convive ou de quem seja parente.

Proteções outras de natureza não penal poderão ser aplicadas amplamente, inclusive por juízes cíveis.

A restrição normativa da Lei Maria da Penha talvez não seja a ideal. A proteção poderia dar-se em favor de quem mulher se considere, inclusive pela diferenciação entre sexo e gênero, assim podendo a proteção também ser destinada a homossexuais e travestis, entre outros.

Ainda mais amplamente se poderia pretender a proteção do vulnerável social e familiar, daquele sem iguais oportunidades na coletividade e no domicílio.

As pretensões de alteração beneficiarão parcela maior de desassistidos sociais, de frágeis na convivência familiar e doméstica, mas trarão como risco a insegurança na definição judicial de gênero e de vulnerabilidade – por um judiciário que historicamente é conservador – e a dificuldade probatória dessa situação.

Talvez ainda não esteja a sociedade madura para definir quem merece proteção maior e, por outro lado, quem merece apenamento e restrições maiores, na violência doméstica, afora a mulher.

Por outro lado, não pode o direito fechar os olhos à proteção parcial que a Lei Maria da Penha traz, como se frágil e merecedora de especial proteção fosse apenas quem nasce com órgão sexual feminino.

É um dilema social, antes de ser um problema evolutivo jurídico.

REFERENCIAS

ALVIM, Tereza Arruda. Medida Cautelar. **Mandado de Segurança e Ato Judicial**. 3º ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BITERN COURT, C.R. **Tratado de Direito Penal**. v. I. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITERN COURT, C.R. **Tratado de Direito Penal**. v.II. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUTLER, Judith. **Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo**. Cadernos Pagu, n. 11, p. 11-42, 1998. Tradução de Pedro Maia Soares para versão do artigo **Contingent Foundations: Feminism and the Question of Postmodernism**, no Greater Philadelphia Philosophy Consortium, em setembro de 1990.

CORDEIRO, Nefi. **Gênero, sexualidades e direito III**. Organização CONPEDI/UNICURITIBA. Coordenadores Renato Duro Dias, Robson Antão De Medeiros.

(In)eficácia das medidas protetivas na Lei Maria da Penha. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

COSTA, Flavio Ribeiro da. **A inconstitucionalidade do afastamento do Juizado Especial Criminal nas infrações de menor potencial ofensivo nos crimes de violência doméstica**. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3792/A-inconstitucionalidade-do-afastamento-do-Juizado-Especial-Criminal-nas-infracoes-de-menor-potencial-ofensivo-nos-crimes-de-violencia-domestica>. Acesso em 18 set2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica e Relação Homoafetiva**, Boletim IBDFAM, n. 170, p. 15-17, jan. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A LEI MARIA da PENHA na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Valéria D. S. Lei Maria da Penha. **O processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher**. Disponível em <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulher-e-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher>. Acesso em: 28 ago. 2013.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo**. Campinas, SP: Servanda, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal. Parte Geral**. 1º Volume. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha comentada**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e a Lei Maria da Penha – uma lamentável decisão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11176>. Acesso em set 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PELÚCIO, Larissa. **Abjeção e desejo: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de aids**. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2009.

PINTO, Emanuel Lutz. **Brevíssimas considerações sobre a (in) exigência da representação**. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1249, 2 dez. 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I**. Traducion de la 2ª edicion alemana y notas por Diego-Muanuel Luón Peña. Madrid (España): Civitas, 1997.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, P.R.A. Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira. **ÂMBITO JURÍDICO**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5886 Acesso em 18 de setembro de 2015.

SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006**. São Paulo: Método, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.