

A Lei Maria da Penha e seus reflexos no Direito de Família

Maria Berenice Dias

Sumário: 1. Sobre a natureza da lei; 2. Um novo conceito de violência doméstica; 3. A polêmica questão da competência; 4. O juízo da execução; 5. A competência recursal; 6. A legalização das uniões homoafetivas.

Chegou a Lei 11.340, a tão esperada lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Foi batizada com o nome de Maria da Penha para que não se olvide a saga de uma mulher que, rompendo a barreira do medo e da vergonha, teve coragem de denunciar a violência de que foi vítima. Se as agressões que sofreu do marido a deixaram paraplégica, o descaso que sofreu por parte do Poder Judiciário não teve o mesmo efeito paralisante. Foi sua ousadia de revelar ao mundo como a violência é tratada no país, que ensejou a edição de um microsistema, que não poderia receber outro nome.

A lei foi recebida com muita desconfiança. Não faltaram críticas de toda a ordem e tem muita gente torcendo para que a lei não “vingue”, isto é, que não seja aplicada, não venha a ser implementada. Claro que algumas imperfeições há como em todas as leis até porque não foi redigida nos gabinetes de deputados e senadores. Um consórcio de entidades feministas a elaborou após ouvir vários segmentos sociais. Tal circunstância, no entanto, não lhe compromete a higidez. Ao contrário. Reproduz os sentimentos, os anseios e as esperanças das mulheres para que se dê um basta à violência de que são vítimas.

1. Sobre a natureza da lei

Sem qualquer justificativa a Lei Maria da Penha é considerada uma lei penal. Aliás, quem primeiro a criticou foram os criminalistas, denunciando a inexistência de tipos penais para o desencadeamento do processo criminal. No entanto, não é este o propósito da lei, tanto que a matéria de natureza penal é a de menor relevo. A violência doméstica já havia sido introduzida no Código Penal, como lesão corporal qualificada, no ano de 2004. A alteração levada a efeito pela Lei Maria da Penha foi só na quantificação da pena: de seis meses a um ano passou para três meses a três anos de detenção. Ou seja, houve a redução da pena mínima e a majoração da pena máxima. Como a tendência dos juízes é fixar a pena mais próximo do limite mínimo, é possível afirmar que a lei acabou sendo até mais benéfica ao agressor.

O delito de violência doméstica tal como previsto no Código Penal não contempla exclusivamente a hipótese de ser a vítima mulher. A lesão corporal praticada no âmbito das relações familiares, independentemente do sexo da vítima, configura o delito previsto no art. 129, § 9º do CP. A Lei Maria da Penha inseriu mais uma circunstância penalizadora ao delito de lesão corporal. A pena sofre amento de um terço quando a vítima é portadora de deficiência física. A agressão física contra quem tem necessidades especiais seja a vítima homem ou mulher dá ensejo à majoração da pena. Em qualquer dessas hipóteses, se a vítima for do sexo masculino, a infração continua sob a égide da Lei 9.099/95 e a ação tramita perante o Juizado Especial Criminal. Porém, quando a vítima é mulher, incide a Lei Maria da Penha. A competência desloca-se para os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher JVDFM, surgindo a possibilidade de imposição de uma série de medidas protetivas.

Outra mudança levada a efeito no Código Penal pela Lei Maria da Penha também diz com a dosimetria da pena. Foi inserida a expressão “com violência contra a mulher na forma da lei específica” como circunstância agravante a todo e qualquer crime. O agravamento da pena ocorre em todos os delitos e independe do sexo da vítima. No entanto, quando o delito é cometido contra uma mulher e está presente circunstância que configura violência doméstica, cabe a adoção das medidas previstas no bojo da Lei Maria da Penha.

Nem estas alterações e nem o fato de ter sido atribuída às varas criminais competência para aplicar a Lei Maria da Penha, enquanto não criados os JVDFM, conferem à lei natureza exclusivamente penal. Quiseram suas redatoras deixar claro o absoluto repúdio à forma de como a violência doméstica vinha sendo tratada e maltratada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Perdidos em um mar de boletins de ocorrência de infrações de pequeno potencial ofensivo, o jeito que juízes e promotores encontraram para vencer o desafio do volume de trabalho

foi mais do que incentivar acordos, forçando desistências sob a ameaça de ser feita transação. Além disso, vulgarizou-se a imposição do pagamento de cestas básicas, por ser apenação cujo comprimento não exige acompanhamento. O resultado não poderia ter sido mais desastroso: era barato bater na mulher! A certeza da impunidade permitiu que a agressão contra as mulheres chegasse ao ponto em que chegou. Por isso não é exagero afirmar que a omissão do legislador e o desleixo do Poder Judiciário foram os grandes cúmplices da violência contra a mulher.

2. Um novo conceito de violência doméstica

Até o advento da Lei Maria da Penha a violência doméstica não era considerada crime. Somente a lesão corporal recebia pena mais severa quando praticada em decorrência de relações domésticas (CP 129, § 9º). As demais formas de violência perpetradas em decorrência das relações familiares geravam, no máximo, aumento de pena (CP 61, II, letra “f”).

A partir da vigência da nova lei a violência doméstica foi definida sem guardar correspondência a quaisquer tipos penais. Primeiro identifica o agir que caracteriza violência doméstica ou familiar contra a mulher (5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois são definidos os espaços onde tais ações configuram violência doméstica (5ª, incs. I, II e III): no âmbito da unidade doméstica; da família; e em qualquer relação de afeto. Finalmente, de modo didático e bastante minucioso, são descritas as condutas que configuram a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

As formas de violência elencadas deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipóteses previstas mostram que nem todas as ações que configuram violência doméstica constituem delitos. Além do mais, as ações descritas, para serem tipificadas como violência doméstica precisam ser perpetradas no âmbito da unidade doméstica ou familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

Assim é possível afirmar que a Lei Maria da Penha considera violência doméstica as ações que descreve (7º) quando são levadas a efeito no âmbito das relações familiares ou afetivas (5º). Estas condutas, no entanto, mesmo reconhecidas como violência doméstica, nem por isso configuram crime a justificar o desencadeamento de uma ação penal.

De qualquer modo, mesmo não havendo crime, por denúncia da vítima, ou tomando conhecimento a autoridade policial da prática de violência doméstica, deve tomar as providências determinadas na lei (11): garantir proteção à vítima; encaminhá-la a atendimento médico; conduzi-la a local seguro ou acompanhá-la para retirar seus pertences. Além disso deve a polícia proceder ao registro da ocorrência, tomar por termo a representação e remeter a juízo expediente quando a vítima solicitar alguma medida protetiva (12).

Todas estas providências devem ser tomadas diante da denúncia da prática de violência doméstica, ainda que cabe repetir o agir do agressor não constitua infração penal que justifique a instauração do inquérito policial. Dita circunstância, no entanto, não afasta o dever da delegacia de polícia de tomar as providências determinadas na lei. Isso porque é a violência doméstica que autoriza a adoção de medidas protetivas e não exclusivamente o cometimento de algum crime.

Este é o verdadeiro alcance da Lei Maria da Penha. Conceitua a violência doméstica divorciada da prática delitiva, o que não inibe a concessão das medidas protetivas tanto por parte da autoridade policial como pelo juiz.

3. A polêmica questão da competência

Condutas que configuram violência doméstica, ao serem levadas ao conhecimento da polícia, desencadeiam providências policiais e judiciais.

Procedido ao registro perante a autoridade policial, esta, em 48 horas, deve remeter a juízo o expediente em que a vítima pede a concessão de medida protetiva de urgência (12, III). No entanto, a prática de violência doméstica pode ensejar a imposição de medidas protetivas, mesmo quando não é feita denúncia na delegacia. De todo descabido impor o registro da ocorrência para que o juiz assegure proteção à vítima mediante a aplicação das providências legais. Não há como exigir que o pedido de medida de proteção seja encaminhado a juízo via autoridade policial. Buscada judicialmente a aplicação de qualquer das medidas previstas na lei, quer aquelas que obrigam o agressor (22), quer as que visam proteger a vítima (23) ou seu patrimônio (24), pode o juiz deferi-las liminarmente, designar audiência de justificação ou ainda decidir depois de realizada audiência

conciliatória. Só não pode é indeferir o pedido de plano por não ter recebido o expediente via autoridade policial.

Esta diversidade de formas de como a denúncia da violência doméstica pode chegar a juízo traz delicada questão de competência, ao menos até serem instalados os JVDPM. Ainda que tais juizados tenham sido criados (14), o fato é que não foi determinada sua instalação. De maneira categórica foram afastados os crimes de violência doméstica do âmbito da Lei dos Juizados Especiais (41) sendo atribuída às varas criminais competência para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (33).

Deste modo, conferida ao juízo da vara crime competência cível e criminal para conhecer e julgar a violência doméstica, somente os procedimentos oriundos das delegacias de polícia são distribuídos às varas criminais. Mas permanece no juízo cível apreciar os pedidos de medidas protetivas formulados por meio de demandas cautelares. Assim, nas comarcas em que existem varas de família, estas continuam com competência para, por exemplo, decretar a separação de corpos, mesmo quando o pedido tenha por fundamento a prática de violência doméstica.

Assim, um mesmo fato pode autorizar a concessão de idêntica medida protetiva, a ser deferida tanto pelo juízo criminal como pelo juiz da vara de família ou da vara cível. A definição da competência depende de o pedido ter sido veiculado perante a autoridade policial ou por meio de demanda cautelar intentada pela parte representada por procurador. À vara criminal será encaminhado o expediente policial para a concessão da medida protetiva solicitado pela vítima. Ao juízo cível cabe apreciar a medida protetiva formulada pela parte por meio de demanda cautelar. É de todo desaconselhável a existência de juízos diversos com a mesma competência, até porque a especialização é o caminho que vem sendo traçado pelas justiças dos estados, inclusive nos Tribunais de Justiça, por recomendação do Conselho Nacional de Justiça.

A duplicidade de juízos com competência concorrente traz inconvenientes de toda ordem, podendo ensejar, inclusive, decisões conflitantes. Basta figurar como exemplo a separação de corpos, que pode ser requerido pela vítima de violência doméstica mediante o registro da ocorrência na delegacia de polícia. O pedido será apreciado pelo juízo da vara criminal. Mas a vítima pode buscar o afastamento do agressor do lar mediante cautelar a ser proposta na vara de família.

Mas há razões outras que impõem uma resposta urgente por parte dos tribunais. Muitas medidas protetivas dispõem de nítido conteúdo familiarista, matéria pouco afeita aos juízes que exercem a jurisdição criminal. Basta lembrar a fixação de alimentos (22, V) ou a imposição de caução provisória (24, IV), decisões que exigem intimidade com estes assuntos por parte do magistrado. Outro motivo reclama a imediata especialização. Enquanto não criados os juizados especializados, a Lei Maria da Penha assegura o direito de preferência à violência doméstica (33, parágrafo único), determinação que, às claras, não consegue ser atendida pelo juiz criminal, porque precisa dar prioridade aos processos de réu preso, além de ter que evitar a ocorrência da prescrição.

Mais justificativas não são necessárias para evidenciar a necessidade de que serem instalados de imediato e em todas as comarcas os JVDPM, senão juizados exclusivos, ao menos varas preferenciais.

4. O juízo da execução

Questão de outra ordem, mas que ainda diz com a competência, merece ser invocada para afastar toda e qualquer dúvida sobre a indispensabilidade da criação dos juizados especializados.

Aos JVDPM foi atribuída competência para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência familiar contra a mulher (14). Enquanto não instalados estes juizados, foi delegada às varas criminais competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (33). Assim, os JVDPM dispõem de competência executória, enquanto aos juízos criminais não foi atribuída a execução das medidas deferidas.

Às claras que esta incoincidência pode ensejar situações delicadas. A falta de uniformidade de procedimentos e a possibilidade de tramitarem ações envolvendo as mesmas partes em juízos distintos gera clima de absoluta insegurança jurídica, havendo até o risco de decisões contraditórias. Cabe figurar hipótese a partir dos alimentos. Autoriza a lei que o juiz, constatando a prática de violência doméstica, imponha ao agressor, como medida protetiva, o pagamento de alimentos provisionais ou provisórios (22, V). Os alimentos provisionais estão regulados no estatuto

processual como procedimento cautelar (CPC 852-854), enquanto os alimentos provisórios são concedidos, a título de antecipação de tutela, em sede de ação de alimentos (Lei 5.478/68, 4º). Deferida qualquer das modalidades de alimentos, cabe questionar a quem compete proceder à execução em caso de inadimplemento. Claro que caberá aos JVDFMs a demanda de cobrança. Mas, enquanto esses juizados não forem instalados, a busca do adimplemento não pode ser atribuída ao juízo criminal, até porque a lei não lhe confere competência executória. De todo descabido que tais providências fiquem a cargo do juízo criminal, para, por exemplo, apreciar a impugnação apresentada pelo devedor (CPC 275-L). Pode haver, inclusive, necessidade de venda dos bens penhorados em hasta pública, e isso tudo sem contar com a possibilidade de ser requerida a revisão dos alimentos provisórios pelo devedor, procedimento que tramita em autos apartados (Lei 5.478/68, 13, § 1º).

Talvez seja este o derradeiro fundamento para que se convençam os tribunais da necessidade da instalação dos JVDFM. Além de desafogar as varas criminais também haverá significativa redução das demandas nas varas de família, o que é em tudo recomendável. Nem é preciso justificar a urgência de uma pronta resposta do Poder Judiciário quando está em jogo questões de natureza familiar.

5. A competência recursal

Definida a competência em caráter transitório das varas criminais para a concessão das medidas protetivas muitas delas do âmbito do Direito das Famílias cabe questionar a quem compete o julgamento dos recursos. A prática de violência doméstica, quando configura crime e impõe a instauração do inquérito policial, a existência da ação penal firma a competência recursal das câmaras criminais.

No entanto, a concessão de medidas protetivas de natureza cível ou familiar quer diante de um crime ou de uma conduta que configura violência doméstica fixa a competência recursal das câmaras cíveis, nos tribunais que ainda não instalaram as câmaras especializadas de família.

Mesmo que a medida protetiva tenha sido deferida pelo juízo criminal, dispondo de conteúdo cível, o recurso cabe ser apreciado pela câmara cíveis ou nas câmaras especializada de família. Somente se a medida protetiva tiver natureza penal, as câmaras criminais é que vão julgar os recursos.

6. A legalização das uniões homoafetivas

Talvez um dos maiores avanços da Lei Maria da Penha foi ter ampliado o âmbito de abrangência do Direito das Famílias. Pela primeira vez lei federal insere as uniões homoafetivas no sistema jurídico. Modo expreso as relações homossexuais estão identificados como entidade familiar. Além de proclamar que toda mulher, independentemente de sua orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (2º), diz a lei que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar (5º, parágrafo único).

Ao colocar a lei sob seu abrigo a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, tal proteção alcança tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos situações de violência contra a parceira do gênero feminino justificam especial proteção.

No entanto, a previsão a Lei Maria da Penha não se limita a coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior. Como a tutela é assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidade familiar. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família.

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas são entidades familiares. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, o fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade.

A partir do novo conceito de família, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da

omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos. O avanço é muito significativo, pondo um ponto final à discussão que entretém a doutrina e divide os tribunais. Sequer de sociedade de fato cabe continuar falando, subterfúgio de conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais.

Até agora a jurisprudência amplamente majoritária fazia uso da analogia para contornar a injustificável omissão do legislador. Porém, as uniões homoafetivas não eram vistas como uma sociedade de afeto, a serem reguladas pelo Direito das Famílias. Relegadas ao âmbito do Direito das Obrigações, acabaram tratadas como um negócio com fins lucrativos. No final da sociedade, procedia-se à divisão de lucros mediante a prova da participação de cada parceiro na formação do patrimônio amealhado durante o período de convívio. Como sócios não constituem uma família, tal impedia a aplicação do Direito das Famílias e do Direito das Sucessões. Porém, ainda é acanhado o número de decisões que reconhecem tais uniões como estáveis.

No momento em que as uniões de pessoas do mesmo sexo estão sob a tutela da lei que visa a combater a violência doméstica, isso significa, que são reconhecidas como uma família, estando sob a égide do Direito das Famílias. Não mais podem ser reconhecidas como sociedades de fato, sob pena de se estar negando vigência à lei federal. Conseqüentemente, as demandas não devem continuar tramitando nas varas cíveis, impondo-se sua distribuição às varas de família.

A eficácia da nova lei é imediata, passando as uniões homoafetivas a merecer a especial proteção do Estado (CF 226). Em face da normatização levada a efeito, restam esvaziados todos os projetos de lei em tramitação e que visam a regulamentar a união civil, a parceria civil registrada, etc. Esses projetos perderam o objeto uma vez que há lei conceituando a entidade familiar, independente da orientação sexual de seus partícipes.

A marginalização a que até agora estavam sujeitas as uniões de pessoas do mesmo sexo não só na esfera social mas também no âmbito legal acabou. Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.

