

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DIEGO JULIÃO VIANNA PAIVA

**ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA E A NECESSÁRIA
COMPROVAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MULHER NO CONTEXTO
DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

**BRASÍLIA,
JULHO 2020**

DIEGO JULIÃO VIANNA PAIVA

**ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA E A NECESSÁRIA
COMPROVAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MULHER NO CONTEXTO
DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDAP/IDP.

Orientadora: Prof. Dra. Maria Gabriela Viana Peixoto

**BRASÍLIA,
JULHO 2020**

DIEGO JULIÃO VIANNA PAIVA

**ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA E A NECESSÁRIA
COMPROVAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MULHER NO CONTEXTO
DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDAP/IDP.
Brasília, 17 de julho de 2020.

Profa. Dra. Maria Gabriela Viana Peixoto
Professora Orientadora

Profa. Dra. Luciana Silva Garcia
Membro da Banca Examinadora

Profa. Ma. Lahis da Silva Rosa
Membro da Banca Examinadora

ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA E A NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MULHER NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Diego Julião Vianna Paiva

SUMÁRIO: Introdução; 1. Contexto histórico da Lei Maria da Penha; 2. Violência de Gênero; 3. Âmbito de abrangência da LMP; 4. Revisão de casos de interesse; Considerações finais; Bibliografia.

RESUMO:

Este artigo tem por escopo conceituar a violência de gênero com o fim de definir qual conduta caracteriza-se como violência doméstica e familiar contra a mulher para fins de aplicação da Lei Maria da Penha e compreender de que forma os tribunais brasileiros têm definido seu âmbito de abrangência. Primeiramente, buscou-se contextualizar o surgimento da LMP. Em seguida, pesquisou-se o conceito de gênero e violência de gênero nas doutrinas especializadas. Posteriormente, objetivou-se delimitar os elementos necessários para atrair a proteção conferida pela lei. Ao final, analisaram-se casos de interesse e concluiu-se ser necessária a comprovação da vulnerabilidade da vítima mulher em uma perspectiva de gênero.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha. Violência de Gênero. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Alcance da lei.

ABSTRACT:

This article aims to conceptualize gender violence in order to define what conduct is characterized as domestic and family violence against women for the purposes of applying the Maria da Penha Law and to understand how Brazilian courts have defined their scope. First, we sought to contextualize the emergence of LMP. Then, the concept of gender and gender violence was investigated in specialized doctrines. Subsequently, the objective was to delimit the elements necessary to attract the protection provided by the law. In the end, cases of interest were analyzed and it was concluded that it was necessary to prove the vulnerability of the female victim from a gender perspective.

Keywords: Maria da Penha Law. Gender-based violence. Domestic and Family Violence against woman. Reach of the law.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, de 07 de agosto de 2006, surgiu da necessidade de criar mecanismos e ferramentas para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Com a criação de políticas públicas de combate à violência de gênero, medidas assistenciais, medidas protetivas de urgência e a adoção de rito especial de maior efetividade e celeridade processual, a LMP mostra-se o principal microsistema de enfrentamento à violência contra a mulher no âmbito familiar ou doméstico.

O tema da pesquisa surgiu da experiência que tive enquanto estagiário da Defensoria Pública do Distrito Federal, atuando junto ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Riacho Fundo. À época, diversas denúncias eram recebidas com base na LMP sem qualquer indício de ocorrência de violência de gênero. O juízo afirmava sua competência sob o fundamento genérico de que havia relação de dominação do homem e submissão da mulher sem, contudo, indicar de onde decorria a vulnerabilidade ou a motivação de gênero para a prática do suposto delito.

Cumprе ressaltar que a LMP não abrange qualquer violência contra a mulher, tampouco toda violência doméstica e familiar contra a mulher, mas somente aquela que é motivada pelas relações de gênero, ou seja, que se qualifique como violência de gênero em desfavor da mulher.

Assim, dispõe o artigo 5º, *caput*, da LMP, que para os efeitos da lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Embora o dispositivo legal seja taxativo quanto ao tipo de conduta abrangida pela LMP, parte da doutrina e dos precedentes judiciais apontam para a presunção da presença dos elementos da violência de gênero quando praticada em desfavor de uma mulher no âmbito familiar ou doméstico. De outro lado, há o entendimento pela necessária comprovação da presença desses elementos.

Este artigo buscará estabelecer o conceito e os elementos da violência de gênero, definindo quando a violência contra a mulher, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer

relação íntima de afeto caracteriza-se como conduta baseada no gênero e, assim, como violência doméstica e familiar contra a mulher para fins de aplicação da LMP.

A hipótese de pesquisa aponta para a necessária comprovação da presença dos elementos da violência de gênero a partir da análise do caso concreto em confronto com um conceito preciso de violência de gênero a fim de se obter segurança jurídica e aplicação uniforme da LMP.

O primeiro capítulo deste artigo apresentará o contexto de criação da LMP com o fim de compreender os motivos que justificaram a edição do diploma normativo de enfrentamento à violência de gênero.

O segundo capítulo almejará conceituar gênero e compreender em que consiste a violência de gênero, a partir da análise de doutrinas especializadas.

O terceiro capítulo buscará delimitar o âmbito de aplicação da LMP, apresentando os elementos da violência doméstica definidos pela doutrina especializada e pela jurisprudência dos tribunais brasileiro, estabelecendo o que é violência doméstica e familiar contra a mulher para a LMP.

O quarto capítulo analisará como os tribunais brasileiros têm aplicado a LMP e, por conseguinte, afirmado a competência dos Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

1 CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006)

Nas relações de gênero, a igualdade formal consiste em discriminação negativa na medida em que ressalta as desigualdades existentes entre os gêneros. Homens e mulheres são iguais enquanto sujeitos de direito, mas diferentes nos aspectos histórico, social e biológico.

No Brasil, a equiparação formal entre homens e mulheres ocorreu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 5º, *caput* e 226, § 5º, da CFRB), retirando do ordenamento jurídico diferenças discriminatórias. Entretanto, o processo de

reconhecimento dos direitos específicos das mulheres iniciou-se antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã.

No ano de 1946, foi criado o órgão da Organização das Nações Unidas denominado Comissão de Status da Mulher, que, por sua vez, elaborou a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, em que se estabeleceram padrões internacionais de igualdade de direitos de homens e mulheres.¹

No ano de 1975, na cidade do México, a Organização das Nações Unidas realizou a 1ª Conferência Mundial do Ano da Mulher, onde se elaborou o Plano Mundial de Ação, com o objetivo de criar um tratado que conferisse força de lei à Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, por meio de uma Convenção, com previsão de procedimentos efetivos para a sua implementação.

Criou-se, assim, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), também conhecida como Convenção da Mulher, com a dupla finalidade de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade entre homens e mulheres. O Brasil ratificou o Protocolo Facultativo à CEDAW somente em 30 de julho de 2002.

No plano nacional, a violência contra a mulher veio à pauta tardiamente no ano de 1994 por meio da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), ocorrida na cidade de Belém do Pará. Na ocasião, aprovou-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará. Essa foi ratificada pelo Brasil aos 27 dias de novembro de 1995, passando a ter força de lei por meio do Decreto nº 1.973, de 01 de janeiro de 1996.

Leila Linhares Barsted, ao tratar do tema, explica que:

A Convenção de Belém do Pará considera a violência contra a mulher uma violação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, visto que tal violência limita total ou parcialmente o reconhecimento, o gozo e o exercício desses direitos e liberdades pelas mulheres. A convenção reconhece, também, que a violência contra as mulheres é uma

¹ PIMENTEL, Sílvia. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. p. 15

ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.²

A violência doméstica é utilizada pelo agressor como meio de impor a sua vontade, suprimindo direitos e liberdades da mulher, em um contexto de dominação do homem e submissão da mulher, em razão da sua hipossuficiência. Na maioria das vezes, ocorre no interior do lar ou na intimidade do casal, longe dos olhares de outras pessoas, o que faz com que não existam testemunhas, dificultando a repressão desse tipo específico de violência.

O processo de elaboração e aprovação da LMP surgiu graças a intensa mobilização dos movimentos feministas, que reivindicavam junto ao governo medidas efetivas de combate a violência doméstica contra a mulher.³

A LMP, de 2006, foi editada com o fim de criar mecanismos para coibir e combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, atendendo a disposição constitucional do parágrafo 8º, do artigo 226 da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de assegurar “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”⁴, bem como as disposições expressas na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção de Belém do Pará.

Embora a norma constitucional programática (art. 226, § 8º, CF) estabeleça assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram independente de gênero, os autores do projeto de lei optaram por delimitar o alcance da LMP ao gênero feminino, por entenderem que “a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres”⁵.

² BARSTED, Leila Linhares. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. p. 140

³ SANTOS, Cecília MacDowell. **Da Delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas para o estado**. [S.I.: s.n.], 2010 p. 164

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Edições Câmara/CEDI, 2018. p. 92

⁵FREIRE, Nilcéa. **Exposição de Motivos nº 016**. Brasília, DF, 16 de nov. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/SMP/2004/16.htm> Acesso em: 25 mar. 2020.

Buscou-se, assim, a adoção de discriminação positiva, por meio de ações afirmativas, com o fim de buscar a igualdade substantiva nas relações de gênero e “corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia”⁶

Deu-se a denominação de Lei Maria da Penha em homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, símbolo da luta contra a omissão, a negligência e a tolerância à violência contra a mulher, que fora vítima de dois homicídios tentados praticados por seu ex-marido, Marco Antônio Heredia Viveiros.

No primeiro delito, ocorrido no ano de 1983, Marco Antônio desferiu dois tiros nas costas de sua ex-esposa enquanto dormia, ocasionando lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda. Maria da Penha ficou paraplégica.⁷

Em um período de quatro meses, Maria da Penha passou por duas cirurgias, internações e tratamentos médicos. Ao retornar para o lar, Marco Antônio a manteve em cárcere privado por 15 (quinze) dias, ocasião em que tentou novamente matá-la, tentando eletrocutá-la enquanto ela tomava banho.

Apesar de os crimes terem ocorrido no ano de 1983, Marco Antônio foi a julgamento pelo Tribunal do Júri somente no ano de 1991, oito anos após a prática dos delitos, onde foi condenado a 15 (quinze) anos de reclusão.

Devido à interposição de recurso de apelação defensivo, julgado no ano de 1992, o júri foi anulado em razão do reconhecimento de falhas na formulação dos quesitos apresentados ao conselho de sentença.⁸

⁶ Ibidem

⁷ QUEM é Maria da Penha. [S.I.: s.n.]. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>> Acesso em: 25 mar. 2020.

⁸ FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... Posso Contar**. 2ª ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014. p. 98

O segundo julgamento pelo Tribunal do Júri ocorreu somente em 1996, ocasião em que Marco Antônio foi condenado a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Entretanto, manteve-se em liberdade em razão de novos recursos.

Diante das omissões, negligências e tolerância com a violência doméstica por parte das autoridades brasileiras, aos 20 dias de agosto de 1998, Maria da Penha e as instituições Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM) ofereceram denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), o que gerou repercussão internacional.⁹

A Comissão Interamericana notificou o Estado Brasileiro em outubro do mesmo ano, solicitando informações a respeito do caso. O Estado, por sua vez, ignorou e não forneceu qualquer resposta à CIDH.¹⁰

O Estado Brasileiro foi condenado pela Comissão Internacional de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) ao pagamento de indenização de 20 mil dólares à Maria da Penha, além de receber diversas recomendações como a de “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual.”¹¹, fato que gerou constrangimento internacional.¹²

Por derradeiro, somente no ano de 2002, 19 (dezenove) anos após a prática dos crimes, faltando 06 (seis) meses para operar a prescrição da pretensão punitiva estatal, a sentença condenatória finalmente transitou em julgado. Marco Antônio Heredia Viveiros foi preso e condenado a cumprir a pena de 13 (treze) anos de prisão.

Antes de vigorar a LMP, a maioria dos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher eram julgados pelos Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Diversos autores e grupos feministas defendiam tratar-se da banalização da

⁹ *Ibidem*, p. 99

¹⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório no 54/01**. [S.I.: s.n.], 2001.

¹¹ *Ibid.*

¹² MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2ª. edição. São Paulo: Editora Saraiva *jur*, 2017. p. 206

violência doméstica contra a mulher, em razão de essa lei tratar de crimes de menor potencial ofensivo, prevendo rito processual abreviado, bem como institutos despenalizadores.

À época, os crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas contra a mulher no âmbito doméstico eram processados por meio de ação penal pública condicionada à representação por disposição expressa do art. 88, da Lei 9.099/95. Era necessário que a vítima reduzisse a termo a vontade de ver seu agressor responsabilizado criminalmente pelo delito praticado. Não raras vezes, aquela era coagida por este a retratar-se quanto à representação ofertada ou mesmo a não representar contra seu algoz.

Pelo rito adotado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, havia a necessidade de realização de audiência de conciliação, ocasião em que a vítima ficava frente a frente com seu agressor, muitas vezes desistindo de dar prosseguimento ao processo judicial de responsabilização criminal.

Além disso, a Lei nº 9.099/95 prevê a composição civil (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89) como institutos despenalizadores que, uma vez cumpridos os termos estabelecidos, ensejam a extinção da punibilidade do agressor.

Nesse panorama, Maria Amélia de Almeida Teles e Mônica Melo afirmam que:

A percepção do agressor ao sair do juizado é que o espancamento é permitido: basta que ele pague o preço; Mais uma vez os princípios orientadores da lei distanciam-se de sua aplicação prática e acaba importando nos Juizados resolver o processo e não o conflito. A vítima, que deveria encontrar maior satisfação e respaldo nesse sistema, sai absolutamente frustrada com a forma trivial e banal de tratamento de seu conflito, de sua agressão. Para ela não se faz justiça. Para ela a justiça foi negada, quando procurou o Estado para punir seu agressor.¹³

¹³ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. apud MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015. p. 103

Argumentava-se que a Lei 9.099/95 contribuía para “o arquivamento massivo dos processos, a reprivatização do conflito doméstico e a redistribuição do poder ao homem, mantendo-se a hierarquia de gênero.”¹⁴

Em 2004, foi sancionado um tipo penal específico para violência doméstica, acrescentando o parágrafo 9º ao artigo 129 do Código Penal, criminalizando especificamente “a lesão corporal 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, independente do gênero do sujeito passivo ou ativo”.

Na sua redação original, o tipo penal de violência doméstica previa pena em abstrato de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.¹⁵ Na prática, a pena era semelhante ao crime de lesão corporal leve, que comina pena abstrata de 3 (três) meses a 1 (um) ano, quando considerada a incidência das agravantes genéricas da violência doméstica previstas no art. 61, inciso II, alíneas “e” e “f”, do Código Penal.

Embora pareça ser simbólica a mudança legislativa, diversos autores defendem que a razão de ser do tipo penal de violência doméstica é a mudança da natureza da ação penal, tornando-a ação penal pública incondicionada, afastando a necessidade de representação contra o agressor e a possibilidade de retratação da vítima.¹⁶

No entanto, a criminalização específica da conduta não surtiu o efeito esperado. As estatísticas de ocorrência de violência doméstica continuaram a crescer exponencialmente, demonstrando a ineficiência da medida em seu caráter preventivo/repressivo.

Nesse cenário, revelou-se providencial a criação da LMP que, além de afastar expressamente a aplicação da Lei 9.099/95, criou medidas de assistência e de proteção de urgência,

¹⁴ Sobre o tema cf. CAMPOS, Carmen Hein. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. Apud. MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015. p. 103

¹⁵ BRASIL. Lei 10.866, de 17 de junho de 2004. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 18.06.2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm> Acesso em: 25 mar. 2020.

¹⁶ MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015. p. 105

de caráter preventivo e repressivo, à mulher em situação de violência doméstica, com o objetivo de manter incólume sua integridade física e psíquica.

2 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência manifesta-se de diversas formas e a sua percepção varia de acordo com o contexto histórico-cultural. Condutas que antes eram consideradas socialmente aceitas com respaldo no ordenamento jurídico, atualmente são consideradas ultrajantes ou mesmo ilícitas. Essa mutação faz com que não exista uma definição consensual ou incontroversa de violência ou mesmo um rol taxativo dos tipos de violência existentes.

A palavra violência tem origem do latim *violentia* que se refere ao termo *vis*, com significado de força, vigor, emprego de força física ou de recursos do corpo para exercer sua força vital. Alba Zaluar, antropóloga e especialista em estudos da violência no Brasil, leciona que “essa força torna-se violência quando ultrapassam um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica”. Para ela, é “a percepção do limite e da perturbação (e do sofrimento que provoca) que vai caracterizar um ato como violento.”¹⁷

Nos termos do Relatório Mundial sobre Violência e Saúde, a Organização Mundial da Saúde (OMS) conceitua violência como “uso intencional da força física ou do poder real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação”.¹⁸

Em síntese, o conceito de violência pode ser definido como “uma forma de restringir a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente.”¹⁹

¹⁷ ZALUAR, Alba. **UM DEBATE DISPERSO: violência e crime no Brasil da redemocratização**. São Paulo, 1999. p. 8.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial de Violência e Saúde**. Genebra: OMS, 2002. p. 5

¹⁹ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O que é Violência contra a Mulher**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002. p. 15.

Já o conceito de gênero tem origem na luta dos movimentos feministas por direitos iguais à cidadania, como pressuposto de igualdade entre os sexos. Conforme exposto no tópico que trata sobre o contexto de criação da LMP, as mulheres foram superando gradualmente as desigualdades formais e legais existentes. Com isso, passou-se a questionar a real natureza da opressão feminina, posto que não seria de ordem natural ou biológica.²⁰

Se antes, o termo “gênero” era utilizado para evocar traços de caráter ou traços sexuais, atualmente, utiliza-se o conceito para referir-se à organização social da relação entre os sexos. O uso conceitual de gênero “rejeita explicitamente as justificativas biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum para várias formas de subordinação no fato de que as mulheres têm filhos e que os homens têm uma força muscular superior.”²¹

O marco conceitual do termo *gênero* ocorreu com a publicação, em 1975, do ensaio “O tráfico das mulheres: Notas sobre a “Economia Política” do sexo” por Gayle Rubin, antropóloga cultural americana. Na obra, definiu-se o *sistema sexo/gênero* como “um conjunto de arranjos através dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana, e nas quais estas necessidades sociais transformadas são satisfeitas”²² e concluiu-se que “a passagem da fêmea como se fosse matéria prima biológica do sexo humano e da procriação” para a condição de mulher domesticada ocorre por meio de intervenção social humana. Portanto, não seria o fator biológico o elemento determinante da opressão da mulher, mas os papéis sociais pre-determinados pela sociedade.²³

Em um panorama contemporâneo pode-se dizer que o *conceito gênero* confere ao *sexo* o caráter biológico imutável, baseado nas características anatômicas e fisiológicas, e ao gênero o caráter histórico-cultural flexível, construído a partir de papéis sociais diferenciados. Sendo assim, “gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado” que

²⁰ PISCITELLI, Adriana. **Re-criando a (categoria) mulher?**. Campinas: [s.n.], 2001. p. 2

²¹ SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Nova York, Universidade de Colúmbia, 1989. p. 14.

²² RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: Notas sobre a “Economia Política” do sexo**. [S.I.: s.n.], 1975. p. 3.

²³ PISCITELLI, op. cit., passim.

referencia “as origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres”.²⁴ Portanto, as desigualdades de *gênero* são construções de ordem social.

Contudo, a definição mostra-se insuficiente em razão de não explicar a origem dos papéis socialmente construídos da mulher e do homem, tampouco explica como essas relações sociais se manifestam e como sofrem mutação ao longo da história.

Buscando solucionar as questões anteriores, a principal corrente feminista passou a afirmar que a construção social dos *gêneros* é oriunda do regime patriarcal. “As teóricas do patriarcado concentram sua atenção na subordinação das mulheres e encontram a explicação na “necessidade” de o macho dominar as mulheres”²⁵.

Em sua essência, o sistema patriarcal prega que a dominação masculina nas relações sociais marcadas pela opressão e subordinação feminina é consequência direta das diferenças biológicas entre homens e mulheres. Nessa concepção, a mulher é tratada como um ser frágil, de menor compleição física, emocionalmente vulnerável e com capacidade intelectual reduzida, tendente a ser dominada e domesticada em razão de necessitar de proteção, cuidados e orientação.

Nas sociedades patriarcais, o homem foi construído socialmente como homem a partir do falo e da percepção de que como um ser forte, tem o dever de proteger e orientar a mulher. Atribuiu-se ao homem o encargo de prover o sustento da família e comandar o lar, bem como a responsabilidade de trabalhar e conviver no espaço público.

Ainda no patriarcado, a mulher, por outro lado, construiu seu papel social a partir da vagina e, por conseguinte, da capacidade reprodutiva, sendo atribuído a ela o papel social de genitora, responsável pelos cuidados da família. Com efeito, era devida obediência ao marido, devendo ceder, obedecer e se preservar enquanto mulher, evitando o convívio público, mantendo-se no espaço privado.

As desigualdades de *gênero* estariam embasadas, portanto, nos papéis sociais antagônicos, mas complementares, da mulher e do homem, resultando em um processo de dominação e

²⁴ SCOTT, op. cit., p. 7.

²⁵ Ibid. pg. 9

subordinação. Nessa perspectiva, necessariamente estão presentes dois sujeitos, o homem como sujeito dominador e a mulher como sujeito dominado.²⁶

A ordem patriarcal firma-se em uma economia doméstica organizada, em que se garante aos homens todos os meios necessários à produção diária e à reprodução da vida. Nesse regime, as mulheres tornam-se objetos de satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras.²⁷ Trata-se de um contrato social que estabelece direitos políticos aos homens sobre as mulheres, mas também de um contrato sexual privado que garante acesso sistemático do homem ao corpo da mulher²⁸.

Em um contexto atual, passou-se a adotar *gênero* como uma categoria analítica dos sistemas de relações sociais entre os sexos. Ao invés de buscar as origens das desigualdades e analisar a violência de *gênero* sob a perspectiva da dominação masculina, passou-se a tentar compreender de que forma essa se manifesta e como a sociedade a legitima.²⁹

Nesse sentido, Joan Scott, historiadora norte-americana, defende que o conceito de *gênero* é um composto complexo dotado de duas partes principais e várias subpartes. Confira-se:

Minha definição de gênero tem duas partes e várias sub-partes. Elas são ligadas entre si, mas deveriam ser analiticamente distintas. O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre à uma mudança nas representações de poder, mas a direção da mudança não segue necessariamente um sentido único. Como elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre diferenças percebidas entre os sexos, o gênero implica quatro elementos relacionados entre si: primeiro – símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações múltiplas (frequentemente contraditórias) – Eva e Maria, como símbolo da mulher, por exemplo, na tradição cristã do Ocidente, mas também mitos da luz e da escuridão, da purificação e da poluição, da inocência e da corrupção. (...) Segundo – conceitos normativos que colocam em evidência interpretações do sentido dos símbolos que tentam limitar e conter suas possibilidades metafóricas. (...) O quarto aspecto do gênero é a identidade subjetiva. Conferências estabelecem distribuições de poder (um controle ou um acesso diferencial aos recursos materiais e simbólicos, o gênero torna-se implicado na concepção e na construção do poder em si.³⁰

²⁶ SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 102.

²⁷ Ibid., p. 105.

²⁸ Ibid., p.54.

²⁹ SCOTT, op. cit., p. 20.

³⁰ Ibid., p. 21.

Em síntese, a autora trata do conceito de *gênero* como categoria analítica com ênfase em três características principais: dimensão relacional, *gênero* como construção da diferença entre os sexos e como um campo primordial onde o poder se articula.³¹

Maria de Fátima Araújo, Edna Júlia Scombatti Martins e Ana Lúcia dos Santos, todas psicólogas e pesquisadoras do Núcleo de Estudos Violência e Relações de Gênero da Universidade Estadual Paulista, explicam que:

Este novo ângulo de análise, que enfatiza a construção social das diferenças de gênero, abre a possibilidade de desconstrução da universalidade das categorias homem e mulher, associadas a construções binárias baseadas em estereótipos sobre o que é masculino e feminino, ou, que associam poder e dominação ao masculino e obediência e submissão ao feminino. Se gênero é relacional, não se pode admitir, no contexto das relações de gênero, um poder masculino absoluto. As mulheres também detêm parcelas de poder, embora nem sempre suficientes para sustar a dominação ou a violência que sofrem. Desta forma, é possível pensarmos na possibilidade de diferentes processos de subjetivação e singularização vivenciadas por homens e mulheres.³²

Adentrando no campo da violência de gênero, cabe ressaltar que violência contra a mulher e violência doméstica não são sinônimos de violência de gênero embora não se possa negar que a mulher é a vítima mais frequente. Para Saffioti, socióloga brasileira, “violência de gênero é o conceito mais amplo, abrangendo vítimas como mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos”³³. Não obstante, o termo violência doméstica será utilizado como sinônimo de violência de gênero contra a mulher, conforme disposto na LMP, e em razão de assim ser utilizado pela majoritária doutrina.

A violência de gênero desenvolve-se e reproduz-se, necessariamente, no contexto das relações de *gênero*. Para Araújo, Martins e Santos, essa “expressa uma forma particular da violência global mediatizada pela ordem patriarcal que dá aos homens o direito de dominar e

³¹ ARAÚJO, Maria de Fátima; MARTINS, Edna Júlia Scombatti Martins; DOS SANTOS, Ana Lúcia. **Violência de gênero e violência contra a mulher** in: **Gênero e Violência**. In: MATTIOLI, Olga Ceciliato; ARAÚJO, Maria de Fátima. **Gênero e Violência**. São Paulo. Arte e Ciência Editora, 2004. p. 18.

³² Ibid. p. 19

³³ SAFFIOTI, Heleieth. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. [S.L.: s.n.], 2001. p. 1.

controlar suas mulheres, podendo para isso usar a violência”³⁴. Acerca do tema Cassia Maria Carloto explica que:

As relações de gênero se estabelecem dentro de um sistema hierárquico que dá lugar a relações de poder, nas quais o masculino não é unicamente diferente do feminino. Esta diferença de poder torna possível a ordenação da existência em função do masculino, em que a hegemonia se traduz em um consenso generalizado a respeito da importância e supremacia da esfera masculina.³⁵

A socióloga Bárbara Soares, em sua obra “Mulheres invisíveis”, introduz o chamado modelo feminista, o qual conceitua a violência doméstica como “uma violência masculina que se exerce contra as mulheres pela necessidade dos homens de controlá-las e de exercer sobre elas seu poder.”³⁶ Para a autora, trata-se de uma violência sistemática em que “as mulheres estariam vulneráveis aos abusos dos homens em razão da estrutura patriarcal do casamento e da atribuição de papéis de gênero, que facilitam a dependência das esposas em relação aos maridos”³⁷. Nesse contexto, Bart e Moan descrevem a violência dos homens da seguinte forma:

A violência e o abuso que os homens infligem às mulheres estão arraigados não apenas na convicção masculina da inferioridade das mulheres mas no ódio que eles têm delas. (...) A submissão da mulher é levada a efeito e mantida por padrões de relação interpessoal prescritos pelas estruturas culturais e sociais (...). Os privilégios políticos, sociais e econômicos que os homens geralmente desfrutam, no que se refere às mulheres, permitem que eles continuem controlando-as. A dominação masculina é apoiada em um *continuum* de força, que inclui assassinato, estupro, espancamento e assédio, assim como a capacidade de impor sanções econômicas³⁸

Valéria Diez Scarance Fernandes, replicando as palavras de Caroline Peixoto Rodrigues, refere o aspecto da relação de poder inerente à violência de gênero:

³⁴ ARAÚJO, Maria de Fátima; MARTINS, Edna Julía Scombatti Martins; DOS SANTOS, Ana Lúcia. **Violência de gênero e violência contra a mulher** in: **Gênero e Violência**. In: MATTIOLI, Olga Ceciliato; ARAÚJO, Maria de Fátima. **Gênero e Violência**. São Paulo: Arte e Ciência Editora, 2004. p. 18.

³⁵ CARLOTO, Cassia Maria. **O Conceito de gênero e sua importância para à análise das relações sociais**. In: SERVIÇO Social em revista. Londrina: Editora da Universidade Estadual de Londrina, 2001. p. 201.

³⁶ SOARES, Barbara Musumeci. **Mulheres invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 125.

³⁷ Ibid., p. 126.

³⁸ BART, B. Pauline; MORAN, E. Geil. **Violence Against Women – The bloody footprints**. Londres: Sage Publication, 1993. Apud. SOARES, Barbara Musumeci. **Mulheres invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 125

O conceito de violência de gênero deve ser entendido como relação de poder de dominação do homem e submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indicam que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas.³⁹

Trazendo a discussão para o âmbito jurídico, os conceitos de violência de gênero apresentados em linhas anteriores parecem em consonância, ainda que superficialmente, com o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher utilizado pelos tribunais brasileiros para fins da aplicação da LMP.

Na instância do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Seção, na ocasião do julgamento do conflito de competência nº 88.027⁴⁰, assentou entendimento de que o legislador, ao editar a lei de regência, teve em conta a mulher, numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. Outrossim, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca do STJ, em decisão monocrática no Agravo em Recurso Especial nº 1663938 – SP, reconheceu a origem patriarcal da violência de gênero.

Pela redação do artigo 5º, da Lei Maria da Penha, a palavra gênero não se define simplesmente por critério biológico, mas cultural, ou seja, na sociedade brasileira, de origem patriarcal, com código de condutas e verdadeiros modelos de comportamento, em que se proclama, nos mais diversos aspectos, as diferenças sociais e culturais entre homem e mulher, sendo esta a que tem a vida voltada a questões domésticas e maternas, com contenção de vontades e, principalmente, submissão e dependência ao homem, ocasião em que qualquer transgressão de suas obrigações gera autorização ideológica ao homem de “castigar” a mulher, quando seu comportamento não se encontra dentro desses parâmetros. É exatamente essa motivação do sujeito ativo que qualifica a violência doméstica contra a mulher como violência de gênero.⁴¹

³⁹ RODRIGUES, Caroline Peixoto. Violência contra a mulher: novos aspectos penais. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007. p. 14. Apud. FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade**. 2013. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 91.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Conflito de Competência no 88027-MG. Brasília, DF, 05 de dez. de 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 18.12.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846323&num_registro=200701718061&data=20081218&formato=PDF>

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Agravo em Recurso Especial no 1663938-SP. Brasília, DF, 28 de fev. de 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 04.03.2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106784265&num_registro=202000355837&data=20200304>

No âmbito regional, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reconheceu que a violência de gênero ocorre quando “o agressor utiliza a violência como instrumento social de imposição à mulher de um papel social de submissão e obediência, com o especial fim de privá-la de seus direitos sociais, de sua paz, intimidade, liberdade e de seu livre desenvolvimento familiar e afetivo”.⁴²

A partir das considerações apresentadas, resta reconhecer que a violência de gênero para fins de aplicação da LMP só pode ser compreendida nas relações de poder de ordem patriarcal em que há dominação do homem e submissão da mulher por meio de uma hierarquia de poder, manifestando-se, portanto, como um instrumento social de imposição à mulher de um papel histórico-cultural e social de subordinação e opressão.

3 ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Embora haja difundida crença popular de que a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – tenha natureza eminentemente penal com vistas a combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, originalmente a normativa não tipificou penalmente nenhuma conduta. A maior parte de seu conteúdo tem natureza preventiva, na forma de medidas de assistência e proteção.

No âmbito penal, a LMP tem por objetivo prevenir e coibir um tipo específico de violência, qual seja a violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto.

Do artigo 5º da LMP extrai-se a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” que tenha ocorrido:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Criminal). Acórdão no 1212700. Brasília, DF, 31 de out. de 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 06.11.2019. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2019/213.pdf#page=0>>

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.⁴³

Valeria Diez Scarance Fernandes alerta que:

“Gênero” é o critério diferenciador para a 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 mulher.⁴⁴

No entanto, temos que tanto o homem como a mulher podem figurar como sujeito ativo da violência doméstica objeto a Lei Maria da Penha, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência com ou sem coabitação.⁴⁵

Contudo, tratando-se do sujeito passivo, figura como ofendida somente a mulher. Apesar de não haver previsão expressa, parte da jurisprudência aponta para a incidência da proteção conferida pela lei ao gênero feminino, independente do sexo biológico.

Nesse sentido, recentes julgados da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁴⁶ e do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Alagoas⁴⁷ reconheceram a incidência da LMP à vítima transexual/transgênero, por

⁴³ BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Diário Oficial [da] União**: Brasília, DF, 08.08.2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>

⁴⁴ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade**. 2013. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 91.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 277561-AL (Quinta Turma). Brasília, DF, 06 de nov. de 2014. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 13.11.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1363609&num_registro=201303168866&data=20141113&formato=PDF>

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª Turma Criminal). Acórdão 1089057. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 20.04.2018. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2018/73.pdf#page=0>>

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher). Decisão autos nº 0700654-37.2020.8.02.0058. [S.I.: s.n.] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-determina-aplicacao-lei-maria.pdf>>

entenderem que o diploma não distingue orientação sexual, tampouco a identidade de gênero das vítimas mulheres.

Trata-se de interpretação extensiva que amplia o âmbito de aplicação da norma com o fim de acompanhar as mudanças sociais. Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 191, de 2017, que está pronto para deliberação do Plenário do Senado Federal desde 10 de junho de 2019, de autoria do Senador Jorge Viana, que busca ampliar expressamente o alcance da LMP às vítimas transexuais e transgênero, incluindo o termo identidade de gênero ao artigo 2º, para que passe a constar a seguinte redação:

Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (grifo nosso)

Renato Brasileiro de Lima alerta que nem toda agressão ocorrida no âmbito da unidade doméstica estará sujeita à LMP, sendo indispensável para tanto que o agressor e a ofendida façam parte dessa mesma unidade doméstica⁴⁸. Além disso, Fabrício da Mota Alves, Damásio de Jesus, Hermelino de Oliveira, Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto defendem que o conceito de pessoa esporadicamente agregada compreende a agressão do patrão em face da empregada doméstica⁴⁹.

Note-se que a LMP abarca a violência de gênero no âmbito das relações de parentesco. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto explicam que “a violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção)”⁵⁰.

⁴⁸ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada – Volume Único**, 5ª ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2017, p. 1173.

⁴⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 51.

Além das hipóteses anteriores, a violência doméstica pode ocorrer em qualquer relação íntima de afeto. O conceito é genérico e indeterminado, haja vista não trazer qualquer limite temporal e de grau de intimidade a balizar o livre convencimento do julgador. Portanto, não é necessário que autor e vítima façam parte da mesma unidade doméstica ou tenham relação de parentesco, bastando caracterizar um relacionamento estreito entre duas pessoas.

Ao revisitarmos a doutrina e a jurisprudência pátria sobre a necessidade ou a desnecessidade de demonstração da situação de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher em uma perspectiva de gênero para fins de incidência da LMP, encontramos posicionamentos recentes nos dois sentidos.

Consoante cediço, da literalidade do artigo 5º da LMP extrai-se a necessidade de o *gênero* recair sobre a conduta comissiva ou omissiva para fins de aplicação da LMP. Não obstante a interpretação gramatical do aludido artigo, parcela da doutrina e da jurisprudência apontam que a presunção da vulnerabilidade da mulher constitui pressuposto de validade da própria lei de regência, conferindo os fins sociais almejados pelo legislador.

Para a doutrina de Maria Berenice Dias, presume-se a violência de gênero quando praticada quaisquer das ações elencadas no art. 7º da LMP (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) em desfavor de uma mulher em razão do vínculo de natureza familiar ou afetiva.⁵¹

No mesmo sentido, Guilherme Madeira Dezem discorda de qualquer interpretação restritiva afirmando que a LMP confere presunção de vulnerabilidade nas situações do seu art. 5º em razão de ser oriunda de compromissos internacionais de combate à violência de gênero assumidos pelo Brasil. Para ele, “a interpretação deve ser feita de forma a ampliar a proteção da mulher e não reduzi-la”.⁵²

Em sentido oposto, há o entendimento de que não basta que a violência seja praticada contra a mulher em uma relação familiar, doméstica ou de afetividade, mas que haja, a partir do exame

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**. 2015. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. n. p.

⁵² DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2019. Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. n. p.

das peculiaridades do caso concreto, a demonstração de vulnerabilidade ou hipossuficiência, em uma perspectiva de gênero, com o fim de conferir aplicabilidade a LMP.

Guilherme de Souza Nucci alerta que “o simples fato de a pessoa ser mulher não pode torná-la passível de proteção penal especial, pois violaria o princípio constitucional da igualdade dos sexos”, em razão de não ser “qualquer espécie de crime que ingressa no cenário da violência doméstica e familiar, nem mesmo no campo da discriminação da mulher”⁵³.

Filiado a essa segunda corrente, o Juízo da 4ª Vara Criminal da comarca de Santa Maria/RS consignou ser necessária a presença de três requisitos distintos para a incidência da lei de regência, quais sejam: a) a violência tenha sido praticado contra a mulher; b) o fato tenha-se dado no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou decorrente de relação íntima de afeto; c) que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão da mulher. Para o órgão, “este último requisito, muitas vezes esquecido, é verdadeiramente o elemento caracterizador da incidência da Lei de Violência Doméstica” em quaisquer das circunstâncias elencadas nos incisos do art. 5º.⁵⁴

No contexto da violência doméstica ocorrida no âmbito dos relacionamentos conjugais, independentemente de coabitação, o Superior Tribunal de Justiça tem assentado a jurisprudência recente no sentido de presumir a vulnerabilidade da vítima. Nesse sentido, a Ministra Laurita Vaz assevera que:

(...) a situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela *ipso facto*.

Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei.

Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração desse pressuposto – presunção de hipossuficiência da mulher –, que, aliás, é ínsito à condição da mulher na sociedade hodierna.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1167

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* nº 181246-RS. Brasília, DF, 20 de ago. de 2013. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 06.09.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1256275&num_registro=201001432660&data=20130906&formato=PDF>

As denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram nesse contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei n.º 11.340/2006.⁵⁵ (...)

Para o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, os fins sociais da norma conferem a presunção de fragilidade e hipossuficiência da mulher no contexto da violência doméstica. Confira-se

Nos termos do art. 4º da Lei Maria da Penha, ao se interpretar a referida norma, deve-se levar em conta os fins sociais buscados pelo legislador, conferindo à norma um significado que a insira no contexto em que foi concebida.

Nesse contexto, é de se ter claro que a própria Lei n. 11.340/2006, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, a fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos.⁵⁶

Em relação à violência doméstica perpetrada no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, o STJ tem precedentes posicionando-se de forma diversa, adotando essa segunda corrente. Com efeito, reconheceram-se três requisitos cumulativos para incidência da LMP nesse contexto, quais sejam: relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade.⁵⁷ Assim, para o Tribunal:

(...)para a incidência da Lei 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos. De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relações entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso Especial no 1416580. Brasília, DF, 01 de abril 2014. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 15.04.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1310202&num_registro=201303709101&data=20140415&formato=PDF>

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (). Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* no 92825. Brasília, DF, 21 de agosto 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 29.08.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1741324&num_registro=201703231302&data=20180829&formato=PDF>

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* no 175816-RS. Brasília, DF, 20 de junho 2013. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 28.06.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244904&num_registro=201001058758&data=20130628&formato=PDF>

interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que não se inviabilize a aplicação da norma.⁵⁸

O ministro Marco Aurélio Belizze entende ser necessária interpretação ainda mais restritiva, uma vez que, nos termos do art. 4º da LMP, os fins sociais conferem especial atenção às condições peculiares das mulheres em situação de violência e opressão estabelecidas nos tratados internacionais de combate à violência de gênero. Para ele, a violência doméstica é “uma forma específica da violência de gênero – aquela que ocorre em relações de intimidade. Assim, “a terminologia “violência doméstica” deve ser tida como sinônimo de violência contra a mulher praticada por parceiros íntimos” e conclui:

A Lei nº 11.340/2006 criou um microssistema que se identifica pelo gênero da vítima, ficando restrita às relações íntimas de afeto. Para os demais casos de violência – envolvendo relações de parentesco entre irmãos, tios, sobrinhas, avós, bem como aquelas 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.

Portanto, para fins de aplicação da LMP, é necessária que a conduta, comissiva ou omissiva, seja praticada em desfavor de uma mulher (gênero feminino), no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família, ou então em qualquer relação íntima de afeto, motivada pelas relações de gênero pelo sujeito ativo, seja ele homem ou mulher. Não obstante, a presunção da motivação de gênero varia de acordo com o órgão julgador e com o caso concreto.

4 REVISÃO DE CASOS DE INTERESSE

O presente capítulo analisará a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios com o fim de compreender de que forma se têm aplicado a LMP nas diversas circunstâncias expressas no seu art. 5º, bem como de que forma se têm utilizado da presunção ou da necessária comprovação da presença dos elementos da violência de gênero.

⁵⁸ Ibid.

4.1 Conflito de Competência nº 96.533/MG⁵⁹ – STJ, julgado em 05 de dezembro 2008.

O primeiro caso de interesse diz respeito a um conflito de competência, julgado em 05 de dezembro de 2008, suscitado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG em face do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG, com o fim de decidir se incidia a LMP e a quem competia o julgamento da ação penal.

Cuidou-se de Termo Circunstanciado de Ocorrência em desfavor de um casal de namorados, em que ambos figuraram como autor e vítima, por se haverem agredido mutuamente por questões de ciúmes. A namorada teria quebrado o telefone celular do namorado, ao ver uma ligação feita por ele. O namorado teria passado a agredi-la, que, por sua vez, teria mordido o braço dele para se defender das agressões.

O Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG, acolhendo parecer do Ministério Público, declinou da competência em favor do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG, sob o fundamento de que se aplicaria ao caso a Lei 11.340/06, por se tratar de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A seu turno, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG suscitou o conflito negativo de competência, por entender que a conduta delituosa narrada não se enquadrava na hipótese ao art. 5º da LMP, por se tratar de simples desavença de namorados motivada por ciúmes.

A Terceira Seção do STJ, por unanimidade, acolheu integralmente o voto do relator e declarou competente para processar e julgar o caso o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG, por entender que os delitos supostamente praticados não encerram qualquer motivação de gênero, uma vez que as agressões foram mútuas, restando evidenciado não ser o caso de opressão à mulher.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Conflito de Competência no 96533. Brasília, DF, 05 de dezembro 2008. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 05.02.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846387&num_registro=200801270287&data=20090205&formato=PDF>

O colegiado afirmou que a LMP refere-se a crimes praticados com violência familiar contra a mulher em uma perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais.

4.2 Recurso Especial nº 1.416.580/RJ⁶⁰ – STJ, julgado em 01 de abril de 2014.

Cuidou-se de ação penal pública em que figuraram como vítimas duas mulheres, sendo a primeira uma atriz da Rede Globo de Televisão e a segunda uma funcionária da primeira e, como autor dos delitos, um ator da mesma emissora de televisão da primeira vítima.

Em primeira instância, o agressor foi condenado pela prática dos crimes, em continuidade delitiva (art. 71, CP), de violência doméstica contra a atriz (art. 129, §9º, CP), nas circunstâncias da LMP e de lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, inc. I, CP) contra a segunda vítima, com a agravante de ter o agente cometido o crime contra pessoa maior de 60 anos (art. 61, inc. II, al. H, CP) à pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de detenção, em regime inicial aberto.

A defesa, por sua vez, interpôs recurso de apelação, alegando, preliminarmente, a incompetência absoluta do Juizado de Violência Doméstica e Familiar por ausência de motivação de gênero na conduta narrada e, por conseguinte, pela não incidência da LMP, e no mérito, requereu a absolvição.

O tribunal de origem rejeitou, por maioria, a preliminar de incompetência absoluta do Juizado de Violência Doméstica e Familiar, asseverando que havia elementos da violência de gênero no caso em apreço e, no mérito, por unanimidade, negou provimento ao pleito absolutório.

Interpostos embargos infringentes pela defesa do réu, sobreveio novo acórdão que acolheu o recurso para reconhecer, por maioria, a incompetência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar, cassando a sentença penal condenatória. No mérito, a Sétima Câmara Criminal do

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso Especial no 1416580. Brasília, DF, 01 de abril 2014. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 15.04.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1310202&num_registro=201303709101&data=20140415&formato=PDF>

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sustentou que, por se tratar de atriz renomada, a qual nunca foi mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem, não se pode considerá-la uma mulher hipossuficiente e vulnerável. Vejamos:

Sem adentrarmos ao mérito da ação penal, temos que, pelo menos em tese, a imputação de agressão realizada por um indivíduo contra sua namorada, poderia, dentro do conceito lógico legal, ser tutelada pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). Entretanto, a ratio legis requer sua aplicação contra violência intra-familiar, levando em conta relação de gênero, diante da desigualdade socialmente constituída. O campo de atuação e aplicação da respectiva lei está traçado pelo binômio hipossuficiência e vulnerabilidade em que se apresenta culturalmente o gênero mulher no conceito familiar, que inclui relações diversas, movidas por afetividade ou afinidade. No entanto, uma simples análise dos personagens do processo, ou mesmo da notoriedade de suas figuras públicas, já que ambos são atores renomados, nos leva a concluir que a indicada vítima, além de não conviver em relação de afetividade estável como o réu ora embargante, não pode ser considerada uma mulher hipossuficiente ou em situação de vulnerabilidade. Embargos Infringentes que se conhece e no mérito dá-se provimento.

O Ministério Público do Rio de Janeiro interpôs recurso especial, ratificado pelas Assistentes de acusação, sob o argumento de que o acórdão retro havia violado os artigos 5º, inciso III, e 14 da LMP, por entender que

o que pretendeu a lei foi conferir tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica e familiar, isto por considerá-la vulnerável diante da evidente desproporcionalidade física existente entre agredida e agressor. Da mesma forma, levou-se em conta o preconceito e a cultura vigentes, os quais se descortinam no número alarmante de casos de violência familiar e doméstica contra mulheres, em todos os níveis e classes sociais. [...] Assim, a vulnerabilidade deve ser aferida na própria relação de afeto, onde o homem é, e sempre foi, o mais forte. A hipossuficiência, portanto, é presumida pela própria lei

Em suas contrarrazões recursais, a Defesa pleiteou a inadmissibilidade do recurso especial, asseverando que a pretensão encontrava óbice na Súmula nº 7 do STJ⁶¹, uma vez que o acórdão recorrido fez o cotejo analítico dos atores do processo, sendo verificada a ausência de vulnerabilidade e hipossuficiência, demandando, portanto, reexame de matéria de fato e de prova.

A Quinta Turma do STJ, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para cassar o acórdão dos embargos infringentes, restabelecendo o acórdão de apelação, sob o argumento de que as situações de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher, envolvida em uma relação íntima

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

de afeto, nas circunstâncias descritas pela LMP, encontram-se presumidas, constituindo pressuposto de validade da própria norma.

A relatora consignou que “em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração desse pressuposto – presunção de hipossuficiência da mulher –, que, aliás, é ínsito à condição da mulher na sociedade hodierna”.

4.3 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1663938/SP⁶² – STJ, julgado em 29 de abril de 2020.

O agravante apresentou o agravo regimental contra decisão monocrática do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do agravo em recurso especial. Em síntese, sustentou que a pretensão recursal não necessitaria de revolvimento de matéria fático-probatória e, por isso, não encontraria óbice na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Tratou-se de sentença condenatória proferida pelo Juízo de primeiro grau pela prática do crime de violência doméstica (art. 129, § 9º, CP), nas circunstâncias do art. 5º da Lei 11.340/06, à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto.

A defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido pela corte de origem para, mantida a condenação, redimensionar a pena do recorrente para 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção. A preliminar de não incidência da Lei 11.340/06 foi rejeitada sob o argumento de a lesão corporal ter sido praticada em uma relação afetiva, contra a ex-companheira no interior da residência do casal.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Min. Reynaldo Soares da Fonseca). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial no 1663938. Brasília, DF, 29 de abril 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 04.05.2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=109049314&num_registro=202000355837&data=20200504>

Nas razões do recurso especial, dentre outras pretensões, em síntese, sustentou a inaplicabilidade da LMP, sob o fundamento de que o desentendimento entre os envolvidos teria sido motivado por ciúmes e não por motivação de violência de gênero.

O relator, nos fundamentos de sua decisão monocrática, asseverou que o art. 5º é taxativo ao estipular que para fins de aplicação da LMP é necessária que a conduta seja baseada na relação de gênero. Para ele, a LMP não abrange toda e qualquer violência doméstica ou familiar contra a mulher, mas apenas aquela baseada em “atos de agressão motivados não apenas por questões pessoais, mas refletindo a posição cultural da subordinação da mulher ao homem ou pretendida sobreposição do homem sobre a mulher.”

Não obstante os fundamentos lançados e, embora a decisão agravada tenha sido reconsiderada pelo Ministro Relator, no mérito não conheceu do recurso especial, sob o argumento de que para “desconstituir as conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias, (...) demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do conjunto probatório, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ”.

4.4 Habeas Corpus nº 265.694/SP⁶³ – STJ, julgado em 23 de fevereiro de 2016.

No caso em apreço, o tio da vítima foi condenado pela prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), com a incidência da causa de aumento de pena em razão do grau de parentesco (art. 226, II, CP), contra a sua sobrinha, contando à época com 07 aos de idade, à pena de 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado.

A defesa técnica interpôs recurso de apelação contra a sentença penal condenatória requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da incompetência absoluta da vara criminal comum, sob o argumento de que se tratava de hipótese de violência doméstica, uma vez que a

⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* no 265694. Brasília, DF, 23 de fevereiro 2016. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 29.02.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489446&num_registro=201300593235&data=20160229&formato=PDF>

vítima era sobrinha do agressor. Para esta, a competência para o julgamento do caso concreto seria do Juizado de Violência Doméstica e Familiar, sob a égide da LMP.

O Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou a preliminar afirmando que o manto da LMP visa a proteger exclusivamente a mulher, em razão de sua histórica situação de inferioridade e submissão ao homem, não alcançando as crianças e adolescentes do sexo feminino, especialmente em razão de estas possuírem legislação especial própria para tutelar seus direitos, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente. Consignou-se que o abuso cometido por pessoa do ambiente doméstico ou familiar contra menor, seja do sexo feminino ou masculino, verifica-se em razão do poder familiar ou do vínculo de ascendência, não em razão da relação de submissão entre homem e mulher.

A Defensoria Pública de São Paulo interpôs *Habeas Corpus* contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, buscando a anulação do processo desde a origem por incompetência absoluta do órgão sentenciante, uma vez que há relação de parentesco por afinidade porque a esposa do paciente é tia sanguínea da menor.

No julgamento do *Writ*, a Quinta Turma do STJ negou provimento, por unanimidade, afirmando que, “embora o crime tenha sido cometido pelo tio contra a sobrinha de 7 (sete) anos, na oportunidade em que esta ia visitar sua avó, tem-se manifesta a ausência de relação íntima de afeto, motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade pelo gênero”.

4.5 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.020.280/DF⁶⁴ – STJ, julgado em 23 de agosto de 2018.

O agravante foi condenado por uma Vara Criminal Comum, sem a aplicação da LMP, pela prática, por várias vezes, do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), com causa de aumento

⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1020280-DF. Brasília, DF, 23 de ago. de 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 31.08.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1743423&num_registro=201603099860&data=20180831&formato=PDF>

de pena porque resultou em gravidez da vítima (art. 234-A, inc. III, CP), à pena de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

No caso em apreço, o recorrente manteve um relacionamento amoroso consentido com a vítima, contando à época com 12 anos de idade, por aproximadamente 6 meses. O casal coabitava sobre o mesmo teto e mantiveram, por várias vezes, conjunção carnal, das quais resultou em sua gravidez.

No julgamento do recuso, a Quinta Turma do STJ, por unanimidade, afirmou que a competência para o julgamento do feito era da vara criminal comum porque não incidia no caso concreto a LMP, uma vez que “o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a prática do crime de estupro de vulnerável, mas sim a idade da ofendida”.

4.6 Acórdão nº 1205124⁶⁵ – TJDFT, de 07 de outubro de 2019.

Tratou-se de denúncia oferecida pela genitora da vítima pela suposta prática do crime de estupro de vulnerável praticado pelo namorado de sua filha, contando com 23 anos de idade, em desfavor de sua filha adolescente, com 12 anos de idade. O relacionamento era consensual e recente, contando com aproximadamente 2 meses de duração. Os autos foram distribuídos à Vara Criminal e Tribunal do Júri da Circunscrição de Brazlândia/DF para fins de produção antecipada de provas

O Ministério Público, a seu turno, requereu a produção antecipada de provas ao juízo, bem como o declínio de competência em favor do Juizado de Violência Doméstica e Familiar, por entender que a ofendida, com doze anos de idade, seria vítima de crimes continuados de estupro praticados por seu namorado em um relacionamento amoroso entre os dois, o que atrairia a incidência da LMP.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1205124 (2ª Turma Criminal). **Diário [de] Justiça** Eletrônico: Brasília, DF, 07.10.2019. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2020/41.pdf#page=0>>

O Juízo da Vara Criminal acolheu o pleito de declínio de competência por entender que aquela Vara Criminal comum seria incompetente para processar e julgar causas decorrentes de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, à luz da Lei 11.340/06.

Ao seu turno, o Juizado Especial Cível e Criminal e o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da Circunscrição Judiciária de Brazlândia/DF, declinou da competência em favor de uma das varas criminais comuns da mesma circunscrição, sob o argumento de que não havia convivência, tampouco relação de parentesco, e que a tenra idade não é fator determinante para atrair a competência do juizado de violência doméstica.

Irresignado, o *Parquet* interpôs Recurso em Sentido Estrito, aduzindo, em suas razões, que os envolvidos mantinham relação íntima de afeto como namorados, e que a motivação de gênero configurou-se “como um dos fatores determinantes para a realização do crime em tese praticado, por constituir explicitação da superioridade masculina, notadamente em razão do vínculo afetivo e da vulnerabilidade da vítima pela pouca idade”.

O egrégio TJDFT proveu o recurso para reconhecer a competência do juizado de violência doméstica daquela circunscrição, sob o fundamento de que a conduta havia sido praticada em razão do gênero e em uma relação íntima de afeto. Acordaram que se caracterizou a relação íntima de afeto por decorrer de um relacionamento amoroso e da vulnerabilidade da vítima em razão de ser mulher e contar com apenas 12 anos de idade, posto que estaria ainda em formação física e psíquica, e havia sido possivelmente subjugada por um adulto de 23 anos de idade para satisfazer os seus desejos sexuais.

Para o Tribunal, esses fatores consubstanciam a motivação de gênero porque “indicam o propósito do acusado de controlar, seja física ou emocionalmente, a ofendida e se valer de seu gênero e de sua idade para a alegada prática de estupro de vulnerável”.

4.7 Acórdão nº 844197⁶⁶ – TJDF, de 29 de janeiro de 2015.

No caso em apreço, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Ceilândia suscitou conflito negativo de competência, em face do Juízo de Direito do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ceilândia/DF

No caso concreto, o réu foi denunciado pela prática do crime de violência doméstica (art. 129, § 9º, CP), nas circunstâncias de uma relação íntima de afeto (art. 5º, inc. III, LMP), por haver, supostamente, praticado violência física contra a sua esposa, causando-lhe lesões atestadas em laudo pericial.

Consta na denúncia, que a suposta vítima telefonou para a médica do réu, a fim de saber o estado de saúde dele. Ato contínuo, este passou a agredi-la com cabeçadas, chutes e golpes de joelho.

Os autos foram distribuídos, inicialmente, ao Juízo do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ceilândia/DF. Por ter havido notícia de que o réu sofre de transtorno afetivo bipolar, instaurou-se incidente de insanidade mental.

Sobreveio Laudo de Exame Psiquiátrico Indireto atestando a inimputabilidade do réu por estar, na ocasião dos fatos, vivenciado quadro psicótico com características maniatiformes (doença mental), o qual comprometia integralmente o seu discernimento acerca dos fatos.

O Juízo do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ceilândia/DF declinou da competência, sob o fundamento de que a conduta do denunciado não tinha objetivo de atingir o gênero da vítima, especialmente porque ele era “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta, bem como inteiramente incapaz de se autodeterminar”.

Redistribuídos os autos ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Ceilândia/DF, sobreveio decisão suscitando conflito negativo de competência, sob o argumento de que a inimputabilidade do acusado não é suficiente para afastar a competência da LMP, uma vez que se trata de causa de

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 844197 (Câmara Criminal). **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 29.01.2015. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2015/20.pdf#page=0>>

exclusão da culpabilidade, a qual reflete na fixação da pena, mas não no estabelecimento da competência.

A Câmara Criminal do TJDFT, por unanimidade, declarou competente o Juízo da 1ª Vara Criminal por entender que “o grave comprometimento da capacidade mental do acusado torna impossível submeter sua conduta aos ditames da Lei 11.340/06, uma vez que o fato de a vítima ser mulher não desempenhou maior relevância no caso concreto”. Para este, “as supostas agressões decorreram do estado de perturbação psíquica do denunciado e não de uma opção consciente por agredir mulheres”.

4.8 Considerações críticas sobre os casos de interesse

Adotou-se o critério cronológico para a escolha dos casos de interesse com o intuito de constatar se há consenso acerca da presunção ou da necessária comprovação da motivação de gênero nos crimes praticados contra a mulher nas relações íntimas de afeto e no âmbito da unidade familiar.

Os três primeiros casos⁶⁷ analisados trataram de situações semelhantes, em que houve agressões dentro de uma relação íntima de afeto, em que figuraram como autor e vítima casais de namorados. Contudo, as decisões são contraditórias quando comparadas entre si.

No primeiro caso, julgado em dezembro de 2008, o STJ asseverou que os elementos da violência de gênero não estavam presentes, por se tratar de agressões motivadas por questões pessoais. Ou seja, concluiu-se ser necessária a comprovação da motivação de gênero na conduta do agressor.

No segundo caso, julgado em abril de 2014, por outro lado, o STJ considerou que as situações de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher, envolvida em uma relação íntima de

⁶⁷ CC nº 96.533/MG; REsp nº 1.416.580/RJ; AgRg em AResp nº 1663938/SP.

afeto, nas circunstâncias descritas pela LMP, encontram-se presumidas, constituindo pressuposto de validade da própria norma.

Note-se que o reconhecimento da presunção da presença de elementos da violência de gênero nos casos abrangidos pela LMP permite à corte superior reformar as decisões atacadas por meio de ações que não autorizam revolvimento de matéria fático-probatória, como nos casos de *Habeas Corpus* e Recurso Especial.

Já no terceiro caso, julgado em abril de 2020, a defesa do acusado pleiteou, em sede preliminar, a incidência da LMP sob o argumento de que as agressões haviam sido praticadas em uma relação afetiva, contra a ex-companheira no interior da residência do casal. Não obstante os fundamentos lançados, o Ministro Relator invocou a Sumula nº 7 do STJ para negar o pleito, afirmando ser necessário o cotejo analítico das provas dos autos, o que é vedado em sede de Recurso Especial. Assim, reconheceu-se não serem presumidas as situações de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher, envolvida em uma relação íntima de afeto, divergindo da decisão anterior.

Acerca do quarto caso, julgado em fevereiro de 2016, cumpre destacar que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou a incidência da LMP em um delito de estupro de vulnerável, supostamente praticado pelo tio em desfavor de sua sobrinha de 7 anos de idade, por entender que a vulnerabilidade da menor decorria do poder familiar ou do vínculo de ascendência, não em razão da relação de submissão entre homem e mulher. A seu turno, o STJ reconheceu não haver, no caso concreto, relação íntima de afeto, motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade pelo gênero.

Em caso de estupro de vulnerável em uma relação íntima de afeto consentida, por outro lado, o STJ reconheceu que a situação de vulnerabilidade da criança verifica-se em razão da idade da ofendida, sem qualquer motivação de gênero, conforme quinto caso, julgado em agosto de 2018.

De modo oposto, o TJDF, em caso análogo de estupro de vulnerável em uma relação íntima de afeto consentida (sexto caso, julgado em outubro de 2009), afirmou que a vulnerabilidade da criança não decorre da sua idade, mas em razão de a vítima ser mulher e contar com pouca idade em razão de ainda estar em formação física e psíquica, o que possibilitou ser subjugada pelo agressor maior de idade, reconhecendo-se motivação de gênero.

Por fim, o último caso tratou de delito de violência doméstica praticado pelo marido em desfavor de sua esposa, ou seja, em uma relação íntima de afeto. Na ocasião, reconheceu-se a inimputabilidade do agressor em razão de doença mental. A Câmara Criminal do TJDF, por unanimidade, afastou a incidência da LMP, sob o fundamento de que o comprometimento da capacidade psíquica do acusado impossibilitava encerrar qualquer motivação de gênero à sua conduta.

Os três primeiros precedentes, julgados pelo STJ em 2008, 2014 e 2020, respectivamente, indicam que a compreensão acerca do que de fato constitui violência de gênero para a LMP, bem como a presunção da violência de gênero em uma relação íntima de afeto, ainda é variável.

Igualmente, comparando-se o quarto, o quinto e o sexto caso, julgados em 2016, 2018 e 2019, respectivamente, observa-se que não há consenso acerca da origem da vulnerabilidade das crianças vítimas de estupro de vulnerável no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, o que denota incerteza quanto à hipótese de violência de gênero em desfavor dessas.

Em conclusão, resta reconhecer que a jurisprudência em relação à incidência da LMP, após 14 anos de sua publicação, não é pacífica sequer no âmbito do mesmo tribunal, tampouco existe consenso sobre a presunção ou a necessária comprovação da presença dos elementos da violência de gênero para incidência da LMP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LMP trouxe importantes mecanismos e garantias para as mulheres que se encontrem em situação de vulnerabilidade, em uma perspectiva de gênero em relação a seu agressor em âmbito familiar, doméstico ou em relações íntimas de afeto.

Contudo, embora a lei de regência seja clara ao definir que a violência doméstica e familiar contra a mulher é caracterizada por uma ação ou omissão baseada no gênero, deixa de conceituar o que é gênero ou mesmo o que caracteriza uma ação ou omissão baseada no gênero, sendo

necessário aos operadores do direito recorrerem a outros campos de conhecimento estranhos ao Direito, como a História, a Sociologia, a Psicologia e a Antropologia.

A jurisprudência e a doutrina do Direito são insuficientes para conceituar de forma satisfatória tais expressões. Parcela dos precedentes judiciais apontam expressamente que a situação de subordinação e opressão da mulher somente pode ser compreendida em relações de natureza patriarcal, mas deixam de explicar em que consiste a relação patriarcal.

Embora o termo *gênero* seja de difícil conceituação e possua diferentes acepções, parece-nos importar para o Direito a categoria do gênero associada ao conceito do patriarcado, porque este compreende as relações de *gênero* de dominação e subordinação, bem como exerceu forte influência na construção do ordenamento jurídico pátrio, a exemplo do Código Civil de 1916, que garantia ao homem o pátrio poder e restrições de direitos civis à mulher ao se casar.

Além disso, não existe consenso, no âmbito judicial, a respeito da necessária comprovação ou da presunção da presença dos elementos da violência de gênero, especialmente porque não existe delimitação precisa de quais são esses elementos.

Nesse contexto, há larga margem para o campo da subjetividade na aplicação da LMP, o que faz com que a lei seja manejada de acordo com a convicção pessoal de cada Magistrado, sem critérios concretos a balizar o entendimento do julgador o que, não rara as vezes, leva a decisões arbitrárias.

Certo é que a lei propõe especial proteção a um grupo específico de mulheres, uma vez que a Constituição veda qualquer tratamento discriminatório em razão do sexo biológico ou da identidade de gênero por força do princípio da isonomia (art. 5, *caput*. CF).

No decorrer da pesquisa constatamos que o fator biológico não é o elemento determinante da opressão da mulher em casos de violência doméstica, mas sim os papéis sociais determinados pela sociedade. Nesse sentido, conclui-se ser necessária a comprovação da presença dos elementos da violência de gênero, uma vez que a aplicação da LMP somente se justifica nas relações de poder de ordem patriarcal.

BIBLIOGRAFIA

BARSTED, Leila Linhares. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Edições Câmara/CEDI, 2018.

_____. Lei 10.866, de 17 de junho de 2004. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 18.06.2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Diário Oficial [da] União**: Brasília, DF, 08.08.2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Conflito de Competência no 88027-MG. Brasília, DF, 05 de dez. de 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 18.12.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846323&num_registro=200701718061&data=20081218&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Agravo em Recurso Especial no 1663938-SP. Brasília, DF, 28 de fev. de 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 04.03.2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106784265&num_registro=202000355837&data=20200304>

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 277561-AL (Quinta Turma). Brasília, DF, 06 de nov. de 2014. **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 13.11.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1363609&num_registro=201303168866&data=20141113&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso Especial no 1416580. Brasília, DF, 01 de abril 2014. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 15.04.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1310202&num_registro=201303709101&data=20140415&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (). Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* no 92825. Brasília, DF, 21 de agosto 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 29.08.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1741324&num_registro=201703231302&data=20180829&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* no 175816-RS. Brasília, DF, 20 de junho 2013. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 28.06.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244904&num_registro=201001058758&data=20130628&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* nº 181246-RS. Brasília, DF, 20 de ago. de 2013. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 06.09.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1256275&num_registro=201001432660&data=20130906&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Conflito de Competência no 96533. Brasília, DF, 05 de dezembro 2008. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 05.02.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846387&num_registro=200801270287&data=20090205&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso Especial no 1416580. Brasília, DF, 01 de abril 2014. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 15.04.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1310202&num_registro=201303709101&data=20140415&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (Min. Reynaldo Soares da Fonseca). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial no 1663938. Brasília, DF, 29 de abril 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 04.05.2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=109049314&num_registro=202000355837&data=20200504>

_____. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* no 265694. Brasília, DF, 23 de fevereiro 2016. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 29.02.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489446&num_registro=201300593235&data=20160229&formato=PDF>

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1020280-DF. Brasília, DF, 23 de ago. de 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 31.08.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1743423&num_registro=201603099860&data=20180831&formato=PDF>

_____. Tribunal de Justiça de Alagoas (Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher). Decisão autos nº 0700654-37.2020.8.02.0058. [S.I.: s.n.] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-determina-aplicacao-lei-maria.pdf>>

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª Turma Criminal). Acórdão no 1212700. Brasília, DF, 31 de out. de 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 06.11.2019. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2019/213.pdf#page=0>>

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª Turma Criminal). Acórdão 1089057. **Diário [de] Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, 20.04.2018. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2018/73.pdf#page=0>>

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1205124 (2ª Turma Criminal). **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 07.10.2019. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2020/41.pdf#page=0>>

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1237983 (2ª Turma Criminal). **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 30.03.2020. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2020/41.pdf#page=0>>

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 844197 (Câmara Criminal). **Diário [de] Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 29.01.2015. Disponível em: <<https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2015/20.pdf#page=0>>

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada – Volume Único**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2019. Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015.

CARLOTO, Cassia Maria. **O Conceito de gênero e sua importância para à análise das relações sociais**. In: SERVIÇO social em revista. Londrina: Editora da Universidade Estadual de Londrina, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório no 54/01**. [S.I.: s.n.], 2001.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... Posso Contar**. 2ª ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade**. 2013. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FREIRE, Nilcéa. **Exposição de Motivos nº 016**. Brasília, DF: 16 de nov. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/SMP/2004/16.htm>

MATTIOLI, Olga Ceciliato; ARAÚJO, Maria de Fátima. **Gênero e Violência**. São Paulo: Arte e Ciência Editora, 2004.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2ª. edição. São Paulo: Editora Saraiva *jur*, 2017.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial de Violência e Saúde**. Genebra: OMS, 2002.

PIMENTEL, Sílvia. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.

PISCITELLI, Adriana. **Re-criando a (categoria) mulher?**. Campinas: [s.n.], 2001.

QUEM é Maria da Penha. [S.I.: s.n.]. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>> Acesso em: 25 mar. 2020.

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: Notas sobre a “Economia Política” do sexo.** [S.I.: s.n.], 1975.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero.** [S.I.: s.n.], 2001.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Da Delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas para o estado.** [S.I.: s.n.], 2010.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica.** Nova York: Universidade de Colúmbia, 1989.

SOARES, Barbara Musumeci. **Mulheres invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O que é Violência contra a Mulher.** São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

ZALUAR, Alba. **Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização.** São Paulo: [s.n.], 1999.