

DIREITO, GÊNERO E DEMOCRACIA: O USO JURISPRUDENCIAL DO CONCEITO DE GÊNERO

Aluna: Daniella Fernandes Ferrari

Orientadora: Márcia Nina Bernardes

Introdução

Se até o ano de 2006 não contava o Brasil com uma legislação específica concernente à violência praticada contra a mulher, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), promulgada em 7 de agosto daquele ano, esmera-se justamente em atingir esse fim. Resultado de uma luta histórica dos movimentos feministas e do esforço coletivo de poderes públicos e enunciados internacionais, garante mecanismos efetivos para coibir e punir a violência doméstica e familiar perpetrada contra a mulher no território nacional, inclusive tendo sido declarada pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República como uma das três melhores legislações no mundo reconhecidas pela ONU, no que tange ao enfrentamento à violência dessa natureza¹.

Colocada nesses termos, imaginar-se-ia utopicamente uma legislação impecável, de eficiência e clareza indiscutíveis, e, de fato, a Lei Maria da Penha representa uma enorme conquista para as mulheres, possuindo mérito inegável, sobretudo sob a ótica de uma sociedade ainda estruturada primordialmente no patriarcalismo. No entanto, o fato é que, invariavelmente, os aplicadores do direito se deparam com um conjunto de normas ambicioso quanto a sua finalidade porém falho quanto ao seu alcance, pois, ao deixar ampla margem para liberalidades, a partir de suas omissões cria zonas cinzentas para as quais não oferece resposta. Desse modo, a lei se apresenta como conceitualmente uníssona na teoria mas divergente em termos práticos, motivo pelo qual faz-se mister uma apreciação mais minuciosa da mesma, no intuito de averiguar como vem se desenvolvendo sua abrangência específica e as efetivas repercussões decorrentes de sua aplicação pelo poder judiciário.

Partimos da seguinte problemática: conquanto a lei proponha diversas medidas que visam proteger a mulher das situações de violência, a legislação está longe de sanar em si todas as questões colocadas pelo tema à sociedade e ao mundo jurídico. Ao trazer em seu texto conceitos advindos de discussões teóricas e documentos internacionais assinados pelo Brasil, a legislação não os define, deixando muito a cargo da interpretação de seus leitores e da aplicação jurisprudencial dada pelos magistrados. Deste modo, encontramos uma lei que traz conceituações abertas para termos imprescindíveis ao seu objeto, tais como violência doméstica, violência familiar, violência contra a mulher, e, sobretudo, gênero, uma vez que a própria incidência das normas depende de conduta violenta caracterizada como perpetrada em razão deste elemento².

De fato, violência doméstica é um tipo dentre outros de violência contra mulheres. Da mesma forma, mulheres não são as vítimas exclusivas dessa espécie de abuso e outros grupos sociais também podem sofrer violência doméstica, tais como crianças e idosos³. Como aplicar a lei quando tais classificações sociais se confundem? Afinal, quem é a mulher protegida pela Lei Maria da Penha? É nesse sentido que, a partir da análise jurisprudencial, buscamos elucidar quais são as violências e circunstâncias acobertadas pela lei em questão, e,

¹ MENICUCCI, Eleonora. In. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Lei Maria da Penha*. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2012/lei-maria-da-penha-edicao-2012>> Acesso em: 29/07/2013.

² Art 5º, caput, Lei 11.340/06

³ BERNARDES, Marcia Nina. *Gênero, Direito e Democracia: o papel do Direito na luta contra a Discriminação baseada em Gênero*. Disponível em < <https://pibic.rdc.puc-rio.br/WebConsulta.aspx>>.

principalmente, quem é a “mulher” objeto dela, tendo em vista a ausência de solução apresentada por seu texto.

Para tal, como base teórica, procederam-se debates epistemológicos a partir da leitura de obras feministas, incluídos na bibliografia textos dirigidos à problematização de gênero e sexualidade, como Simone de Beauvoir e Michel Foucault, bem como autoras de posicionamentos variados dentro do espectro de correntes feministas atuais, como Nancy Fraser, Catherine MacKinnon, Judith Butler e Donna Haraway. Para os fins dos aspectos aqui desenvolvidos, destacaram-se, em especial, os pensamentos de Simone de Beauvoir e Judith Butler, cabendo ressaltar que isso não significa necessariamente uma congruência total entre as teorias de ambas, por mais que tais diferenças se tornem obscuras no contexto pertinente ao presente trabalho. Nesse sentido, destacamos a teoria de Beauvoir quanto à noção de que o gênero e a identidade feminina não são expressões do sexo biológico da mulher, mas sim conceitos construídos dentro de determinada estrutura social, e nos limitamos a observar que, enquanto Butler aceita a interpretação de que o gênero não é determinado pelo sexo, amplia esta percepção ao argumentar que o gênero não é fixado *per se*, mas sim continuamente renegociado entre o indivíduo e as normas culturais; ou seja, é performativo.

Em tempo, cabe observar que a presente pesquisa insere-se em projeto mais amplo do Grupo de Estudos Gênero, Democracia e Direito, do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio e que ela foi realizada em parceria e constante colaboração com a bolsista Mariana Imbelloni Braga Albuquerque. Em fase anterior da pesquisa, o grupo examinou os precedentes de órgãos internacionais do sistema ONU e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que tratam da matéria e que possibilitaram a promulgação da lei em questão. A pretensão, agora, é a de dedicar-se à jurisprudência brasileira recente, relativa à aplicação da Lei Maria da Penha.

Desse modo, quanto à investigação empírica, salienta-se que a totalidade dos dados encontrados foi coletada em conjunto por ambas as bolsistas do projeto, posteriormente sendo feito um desmembramento quanto às linhas de análise abordadas pelas duas, culminando em enfoques distintos para cada. Tal divisão de tarefas se baseou na fragmentação entre o que seria um olhar preponderantemente filosófico e outro predominantemente jurisprudencial a partir dos mesmos dados empíricos, sendo o relatório aqui desenvolvido focado na segunda categoria.

Objetivos

Compreender a aplicação real da Lei Maria da Penha no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro através do exame dos incidentes de conflitos de competência observados no período entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013, tabelando quantitativamente os dados encontrados e buscando uma análise qualitativa dos mesmos. Contemplar a importância de tais dados à luz das discussões teóricas estudadas, concedendo especial relevância às autoras Judith Butler e Simone de Beauvoir. Partindo deste panorama, concluir como o judiciário fluminense vem abordando o conceito de gênero e quem é a mulher objeto da Lei 11.340/06.

Metodologia

No intuito de concretizar os objetivos expostos acima, decidiu-se pela realização de uma pesquisa de jurisprudência cujo universo metodológico seria delimitado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, efetuada através da leitura dos acórdãos concernentes à Lei Maria da Penha disponibilizados no site do tribunal. Dentre os diferentes tipos de ações encontrados, optou-se pelo foco exclusivo nos incidentes de conflito de competência, justificado, sobretudo, pela relação direta que estes possuem com a finalidade

pretendida, e, complementarmente, pela observância de ser a classe processual com maior incidência entre os julgados.

Trata-se de ações originadas para dirimir uma suposta divergência de competência entre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, instância especializada para a aplicação da Lei Maria da Penha e instituída por esta⁴, e as instâncias comuns da justiça criminal, quais sejam, as Varas Criminais Comuns e Juizados Especiais Criminais. É justamente através da decisão que fundamenta e estabelece a qual desses órgãos judiciais cabe o processamento e a sentença final dos casos concretos apresentados perante o judiciário que os magistrados se deparam necessariamente com o dever de decidir pela aplicação ou não da Lei 11.340/06, e, desse modo, expõem a sua compreensão acerca das “ações e inações baseadas em gênero” e da conceituação da “mulher” e todas as motivações e consequências advindas desta.

Adicionalmente, destaca-se que os questionamentos centrais que ensejaram a presente investigação foram inicialmente suscitados pelas discussões epistemológicas trazidas pelo Grupo de Estudos Gênero, Democracia e Direito, mencionado acima, e debatidos em conjunto por todos os participantes deste. Com efeito, foram as teorias feministas e a *queer*, em específico, que provocaram a formulação das perguntas em foco, uma vez que, ao afirmar ser o gênero uma construção social, e, sendo o direito também produto da sociedade, este atuaria como ferramenta de reprodução da discriminação ou, ao contrário, como instrumento de empoderamento e emancipação frente às estruturas patriarcais⁵.

Como escopo temporal de análise, estabeleceu-se o período de 1 ano, especificamente entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013, assim abarcando um total de 59 decisões em sede de conflito de competência publicadas nesse espaço de tempo. Tal marco temporal se justifica pelo fato de ter sido esta a data em que o Supremo Tribunal Federal fixou seu entendimento acerca de pontos controversos da Lei Maria da Penha, consagrando a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 44 da referida lei, dispositivos estes que, até então, estavam sob o questionamento da ADC n.19, julgada procedente nesta oportunidade. Além disso, houve também o julgamento concomitante pela procedência da ADI 4424, finalmente pacificando o entendimento em relação à desnecessidade de representação da ofendida nos crimes de lesão corporal leve praticados em situação de violência doméstica.

A apresentação do resultado final consistiu na elaboração de uma tabela geral contendo os dados mais pertinentes de todas as ações examinadas, bem como uma tabela específica para a análise quantitativa e uma lista elencando os principais argumentos utilizados pelos desembargadores na fundamentação de seus acórdãos e a recorrência desses.

1. O peso social das decisões do judiciário.

A presente pesquisa respalda-se na análise de 59 decisões judiciais proferidas pelo TJRJ acerca da competência jurisdicional dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em determinados casos concretos, decisões estas denominadas de “conflitos de competência”. Tal espécie jurídica detém a peculiaridade de ser um mero incidente processual a ações penais já instauradas, não possuindo ela própria a natureza de uma ação judicial, tampouco ação declaratória incidental⁶. Logo, é relevante notar que o incidente processual não dá ensejo à emissão de sentenças, por não haver qualquer pretensão de julgamento de mérito do caso concreto, mas de resolução de questões acidentais paralelas ao processo

⁴ art. 1º e 14 caput da Lei 11.340/2006.

⁵ BERNARDES, Marcia Nina. *Gênero, Direito e Democracia: o papel do Direito na luta contra a Discriminação baseada em Gênero*. Disponível em < <https://pibic.rdc.puc-rio.br/WebConsulta.aspx>>.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Lumens, 2010. Pp. 113-114.

principal, que, no estudo ora em destaque, apenas definirão o órgão jurisdicional no qual a demanda seguirá seu trâmite regular.

Destacamos, portanto, que nosso atual objeto de apreciação não possui qualquer relação com a sentença. Assim, questões relevantes foram deixadas de fora do nosso objeto, tais como se a justiça será feita no caso concreto, qual a punição do autor, se a autoria do crime procede ou até mesmo se os fatos são verdadeiros. Aqui, nos bastam simples considerações hipotéticas do que supostamente haveria ocorrido, quem é a vítima, qual é a relação entre esta e o réu da ação e o local do crime. Embora o conflito de competência seja uma decisão aparentemente irrelevante processualmente em comparação com a sentença, enunciado essencial para o deslinde do julgamento da ação penal deflagrada, apenas o primeiro tipo nos é pertinente, pois, para se chegar a esta decisão, é imperativa uma consideração que lhe é intrinsecamente interligada: a determinação sobre a aplicação ou não da Lei Maria da Penha. Isso é porque os casos abarcados por esta legislação são de competência necessária do Juizado Especializado, órgão criado rigorosamente para esse fim, enquanto as demandas nas quais a lei não incide serão da competência da justiça criminal comum, independentemente do rito seguido.

Neste aspecto, cabe o breve esclarecimento de que não está se afirmando aqui a ausência de diferença ou importância prática entre ações penais processadas e julgadas nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e aquelas de competência da justiça criminal comum, pelo contrário. Sendo o caso assegurado pela lei em questão, há inúmeras vantagens trazidas por ela para o processamento e tratamento que será dado à ação penal, tal como o atendimento concedido por uma equipe multidisciplinar de apoio direcionada à vítima e seus familiares, a vedação da aplicação da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais), assim não se valendo o réu, por exemplo, dos benefícios da transação penal ou da suspensão condicional do processo, e especialmente, a aplicação de medidas protetivas em favor da vítima⁷. Tais circunstâncias e suas consequências reais são, por óbvio, extremamente importantes, não devendo ser olvidadas ao se refletir e ponderar sobre as questões concretas trazidas ao judiciário.

No entanto, sinaliza-se que o escopo da pesquisa ora realizada nos permite deixar de lado as singularidades do caso concreto, apenas no tocante aos efeitos práticos gerados especificamente para a vítima “A” ou “B”, para focar no plano abstrato das tendências formadas no imaginário dos operadores do direito, e como consequência destas, somente inferências prático-sociais generalizadas. É assim que a listagem e quantificação dos argumentos para as decisões “pro” e “contra” Juizado Especializado tornam-se de imenso valor, já que ao terem de dispor sobre a incidência ou não da lei Maria da Penha para o devido encaminhamento ao órgão competente, obrigatoriamente versarão, ainda que de modo sintético, sobre o seu próprio entendimento de i) o que caracteriza uma mulher; ii) subsequentemente, qual “mulher” configura-se como destinatária desta lei. Isto é, somente ao ver-se diante da necessidade de definir quem é o sujeito de direito daquela legislação, e assim declarar sua incidência ou não em cada caso, é que o órgão julgador terá de expor suas convicções do que constitui ser uma mulher, o que é gênero e quando a violência é perpetrada em razão dele ou não.

Ainda assim, poder-se-ia questionar a importância efetiva das decisões emanadas do judiciário, naquilo que ultrapassa os resultados produzidos para o caso concreto e se, de fato, através das decisões definidoras de competência, possuiria este o poder real de construção de seus próprios sujeitos. Tal dúvida surge quando se imagina que os sujeitos de direito, aparentemente, já chegariam conceitualmente prontos perante a lei, dependendo apenas da

⁷ Art. 18 e 41 da Lei 11.340/06.

escolha de qual tratamento será conferido, isto é, quais normas e princípios seriam utilizados para ampará-los. Dessa maneira, as concepções de gênero e os indivíduos classificados a partir destas já estariam discursivamente constituídos, originados por critérios sociais de momentos anteriores; a teoria feminista haveria uma identidade definida e representação estabelecida enquanto sujeito político.

No entanto, não é esse o caso. Para Judith Butler, o questionamento da noção de “mulheres” como sujeito do feminismo é vital, na medida em que a invocação não problematizada desta categoria pode obstar à possibilidade do feminismo como política representacional⁸. Como observa Butler, além do fato de ser um problema político a suposição de que o termo “mulheres” denote uma identidade comum, pois o próprio sujeito das mulheres não pode mais ser compreendido em termos estáveis ou permanentes, esse sujeito está em constante processo de criação e recriação conceitual através dos sistemas jurídicos de poder.

Tomando como base a teoria de Foucault sobre o biopoder e a docilização dos corpos⁹, Butler revela que tais sistemas produzem os “sujeitos de direito” que subsequentemente passam a representar, vinculados a certos objetivos de legitimação e de exclusão que, posteriormente, serão ocultados e naturalizados pela estrutura política. Destarte, já que o sujeito é criado pelo direito, a evocação deste como advindo de um a priori ontológico seria utilizada pela lei apenas como um fundamento fictício para sua própria reivindicação e legitimidade. Essa constatação significa que o poder jurídico “produz inevitavelmente o que alega meramente representar; conseqüentemente, a política tem de se preocupar com essa função dual do poder: jurídica e produtiva.”¹⁰.

É nesse sentido que o judiciário assume a poderosa competência criativa de efetivamente construir conceitos jurídico-sociais a respeito do gênero feminino, maiormente em função de, ao recorrer à lei 11.340/06, encontrar enunciados em aberto em vez de definições taxativas e estanques, assim refletindo involuntariamente em suas decisões as bases teóricas estudadas ao longo do projeto e produzindo a “mulher sujeito de direito” protegida pelo sistema. Em outras palavras, a mulher quem o judiciário escolhe acolher é a mulher que se torna sujeito; é a mulher forjada juridicamente que será reconhecida como mulher pela sociedade.

2. Análise quantitativa dos resultados.

Avaliando numericamente os dados, aponta-se inicialmente para o fato de a totalidade dos julgados encontrados terem sido classificados – ora explicitamente na ementa do acórdão, ora descritivamente no relatório deste – como conflitos negativos de competência. Explica-se: um conflito de competência será positivo no caso de mais de um juízo se julgar apto processualmente para apreciar a demanda judicial, e negativo se nenhum dos magistrados se considerar competente para isso, assim suscitando o conflito de competência em face ao órgão que supor mais adequado¹¹. Tendo isso em vista, podemos afirmar que em todas as ocasiões que tal mecanismo processual foi invocado no TJRJ, entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013, jamais houve o intuito de reivindicação de competência sobre a causa, mas sim a sua rejeição.

⁸ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. P. 23.

⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade, vol I: A Vontade do Saber*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1999. Cap. V.

¹⁰ BUTLER, Judith. Op. Cit. P. 19

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit. p.14.

Tal fato se revela ainda mais interessante quando consideramos que apenas 14 de 59 conflitos de competência tiveram como suscitante o Juizado Especializado da Lei Maria da Penha. Reconhecendo as limitações do nosso modesto universo de pesquisa, torna-se demasiadamente pretensiosa uma inferência peremptória generalizada com relação à eficiência dos órgãos jurisdicionais em questão, sob pena de chegarmos a conclusões infundadas diante da evidente precariedade fática desacompanhada da análise qualitativa pertinente. Isto posto, nos limitamos a tecer meros comentários vis-à-vis os dados encontrados.

Imaginando o suscitante de um conflito de competência como aquele que recusa o conhecimento e conseqüente julgamento de uma ação penal, um cenário onde cerca de 76% das ações foram declinadas pelo juízos criminais comuns nos poderia sugerir a possível utilização dos recém-criados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher como válvula de escape por aqueles órgãos judiciais, a fim de amenizar o enorme volume de demandas recebidas pelos mesmos. Ocorre que, na prática, o suscitante não é aquele quem inicialmente repudia os autos, mas sim a quem são remetidos os autos previamente declinados por outro juízo, que então terá que tomar a decisão de aceitar ou negar a competência que lhe foi designada.

Desse modo, na realidade, os 45 conflitos de competência suscitados pela justiça comum foram originalmente recebidos pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sinalizando que foi o próprio órgão judicial especializado da Lei Maria da Penha aquele que mais se recusou a aplicá-la. De qualquer modo, percebemos que nos 15 casos no qual o Juizado Especializado não figurou como o remetente dos autos, este também não abraçou a causa, ou de outra forma não teriam sido instaurados os conflitos de competência objetos de nossa pesquisa. Dito isto, por ora, basta nos atermos ao fato de serem os conflitos de competência todos negativos, indicando como ainda existente a relutância quanto à aplicação da Lei 11.340/06.

Tomando como objeto de análise variável distinta, passando do exame da origem do incidente processual ao seu resultado final, verifica-se preliminarmente o número superior de processos encaminhados aos juízos da justiça criminal comum em comparação à quantidade de ações direcionadas ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Sabemos que o art. 5 da Lei 11.340/06 estipula que 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, assim cumprindo a decisão emanada do conflito de competência papel determinante para reconhecer a violência perpetrada por motivo de gênero ou não. Isto posto, dentre os 59 acórdãos de conflito de competência estudados, 35 foram julgados como sendo da competência de varas ou juizados comuns, enquanto somente 24 decisões foram “pro” o Juizado Especializado da Lei 11.340/06. Isso significa dizer que, de todos os casos concretos apresentados perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no período de 1 ano nos quais se pairou dúvida acerca da incidência da Lei Maria da Penha, aplicou-se a referida legislação a menos que a metade – mais especificamente a 41%, aproximadamente.

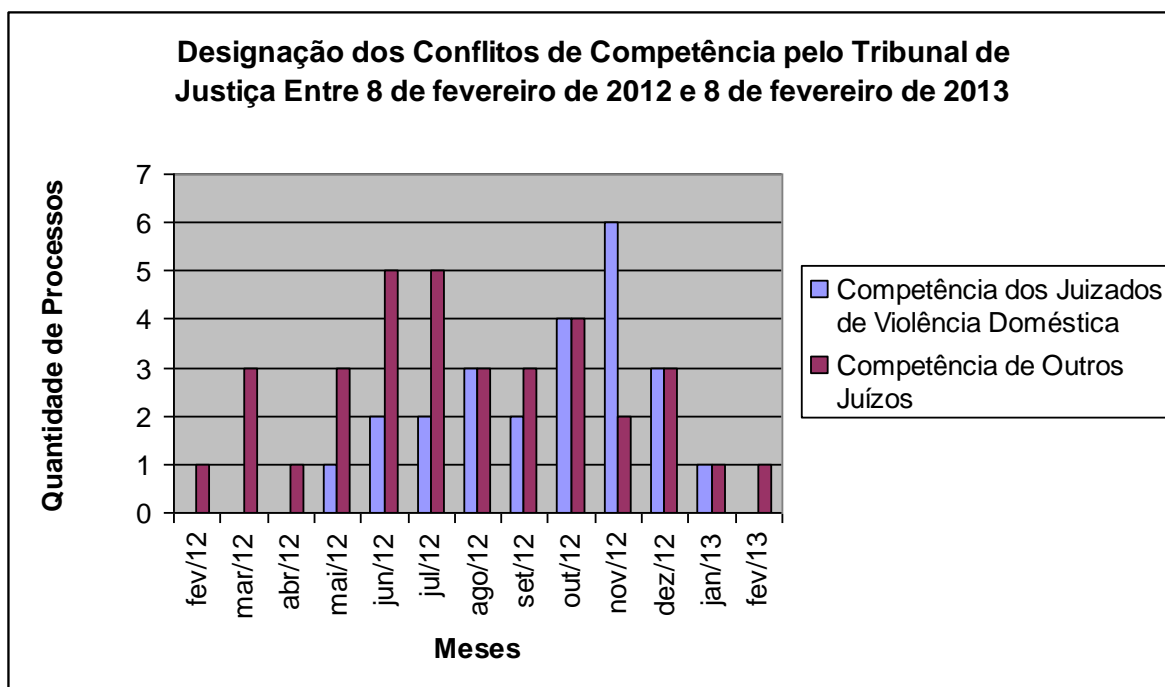
Além do panorama geral descrito acima, separaram-se as decisões encontradas por meses, de acordo com as respectivas datas de publicação dos acórdãos, a fim de contrastar mensalmente o volume de decisões em ambos os sentidos e constatar a progressão ou regressão quantitativa das mesmas ao longo do ano estudado. Para tanto, elaborou-se uma tabela dividida em três colunas numéricas, catalogando o total de decisões publicadas em determinado mês e quantas destas foram distribuídas ao Juizado Especializado ou à justiça

criminal comum. A partir disso, transformou-se a tabela em gráfico, ambos reproduzidos abaixo, para a melhor visualização dos resultados encontrados. Através da análise dos dados tabelados, nos é revelada a formação de um possível padrão, sobre o qual passaremos a formular hipóteses a seguir.

Tabela

Mês/2012	Número Total de Processos de Conflito de Jurisdição	Quantidade de processos cuja competência foi designada como de Juizados De Violência Doméstica	Quantidade de processos cuja competência foi designada como de outros juízos
Fevereiro (a partir de 8 de fevereiro)	1	X	1
Março	3	X	3
Abril	1	X	1
Maiο	4	1	3
Junho	7	2	5
Julho	7	2	5
Agosto	6	3	3
Setembro	5	2	3
Outubro	8	4	4
Novembro	8	6	2
Dezembro	6	3	3
Janeiro	2	1	1
Fevereiro (até 8 de fevereiro)	1	X	1

Gráfico



Conforme ilustrado no gráfico, durante os três primeiros meses não houve uma decisão sequer a favor da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. As decisões nesse sentido começaram a ser proferidas apenas no mês de maio, porém, de lá até julho, os números ainda se mostraram insignificantes em relação ao número de decisões a favor do sentido oposto, sendo estes mais de duas vezes maiores do que aqueles. É apenas no sétimo mês de pesquisa (agosto) que os números de ambos os lados se equiparam, havendo a publicação de três decisões para cada polo, permanecendo ambos relativamente iguais até o mês de novembro. É então que as decisões “pro” Maria da Penha significativamente superam em quantidade aquelas a favor da competência dos juízos criminais comuns, na proporção de 3:1. Após tal “boom” de decisões, os números voltam a minguar, embora seja perpetuado o empate entre os dois lados, deixando o último mês em suspense quanto ao resultado final.

Isto porque, devemos lembrar que os dados não foram colhidos integralmente nos meses de fevereiro, uma vez que foi definido o escopo temporal de 1 ano a partir do dia 8 daquele mês, conforme explicitado na metodologia. Desse modo, enquanto a pesquisa em fevereiro de 2012 teve seu objeto encurtado por 8 dias, em fevereiro de 2013 apenas 8 dias foram contemplados como objeto, sendo impossível determinar na presente pesquisa qual terá sido o desfecho real do embate entre os números de decisões de ambos os lados.

Destarte, como conclusão para o ano de 2012 e previsão para o ano de 2013, podemos estimar duas alternativas distintas, que ensejarão duas hipóteses colidentes. A leitura dos dados expostos no gráfico denota uma evidente escala crescente quanto às decisões “pro” Juizado Especializado, e, subsequentemente, uma aplicação progressiva da Lei Maria da Penha no desenrolar do ano de 2012. Como não sabemos o resultado final do mês de fevereiro, caso as figuras numéricas continuem em linha ascendente no restante de 2013, tais números justificariam a teoria de que, de fato, a Lei 11.340/06 vem ganhando espaço no judiciário fluminense, evidenciada pelo maior número de casos enquadrados como violência

doméstica perpetrada em razão de gênero, e, portanto, refletindo uma resistência cada vez menor quanto à aplicação dessa lei. Porém, se o número de decisões se demonstrar decrescente, esvaziar-se-ia o sentido dos dados ascendentes verificados em 2012, devendo estes ser objeto de nova análise para a apuração de sua causa.

No tocante ao local no qual as ações foram ajuizadas, destaca-se o fato de pertencerem 26 julgados à comarca de Duque de Caxias, superando em quantidade as 20 ações de competência da comarca da Capital. Embora tal constatação afirme que o município de Duque de Caxias tenha sido o mais violento durante o período estudado, no que tange aos crimes de violência doméstica perpetrados contra mulheres, devemos ter em mente a ilusão numérica ainda causada pelo receio sofrido por parte destas de comparecerem à delegacia para registrarem boletim de ocorrências contra os agressores. Para além das duas demarcações territoriais mencionadas, os números colhidos se revelam inexpressivos, sendo 4 ações de competência da comarca de Nova Iguaçu, 3 de São João do Meriti, 2 de Jacarepaguá e apenas 1 de Madureira e Barra do Piraí. Observa-se adicionalmente que dois dos julgados encontrados tramitavam sob sigilo de justiça, motivo pelo qual não foi possível verificar os juízos suscitante e suscitado para sua contabilização nos números demonstrados.

Quanto aos crimes praticados, 32 acórdãos tratavam do delito tipificado como lesão corporal, previsto no art. 129 do Código Penal, sem restringir-se a especificações quanto a sua natureza. Além desse, o segundo conflito de competência mais comum foi aquele motivado pelo tipo penal denominado estupro de vulnerável, contido no art. 217-A do Código Penal, verificando-se sua incidência em 18 julgados. Complementarmente, houve o crime de ameaça (art. 147, CP) verificado em 4 acórdãos, o crime de “abuso sexual sem penetração” do art. 213, CP, e o crime de abandono de incapaz (art. 133, CP) em 2 julgados, e um único caso de delito de violação de domicílio (art. 150, CP).

Interessante cotejar os últimos dados apresentados com o “Dossiê Mulher 2012”, elaborado pela Secretaria de Segurança do governo do estado do Rio de Janeiro, que apresenta informações consolidadas sobre a violência contra a mulher nesse estado, no ano de 2011, com base nas ocorrências registradas nas delegacias policiais fluminenses¹². Observando que o crime de maior recorrência entre os nossos julgados foi o de lesão corporal, e, desse modo, tomando este delito como parâmetro comparativo, verificamos ser possível alinhar os dados relatados em 2011 com as informações colhidas em 2012, no que tange à região mais violenta do Rio de Janeiro.

No Mapa 08 apresentado na obra citada, intitulado “Mulheres Vítimas de Lesão Corporal Dolosa Segundo Circunscrições das Delegacias de Polícia da Região Metropolitana do Rio de Janeiro – 2011”, este aponta que, em relação à distribuição por DP das mulheres vítimas de lesão corporal dolosa, observa-se que as áreas da 35ª DP (Zona Oeste, na AISP 40), da 59ª DP (Centro de Duque de Caxias) e da 32ª DP (Zona Oeste, na AISP 18) concentraram os maiores números. Dessa forma, vemos que, entre as cidades com os maiores índices dessa espécie de violência contra a mulher, encontramos elencado novamente o município de Duque de Caxias, além de Campo Grande, Cosmos, Inhoaíba, Santíssimo, Senador Vasconcelos, Anil, Cidade de Deus, Curicica, Gardênia Azul, Jacarepaguá e Taquara, assim confirmando o alto nível de violência naquela cidade como um padrão notável que se perpetuou ao longo desses dois anos.

¹² Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê Mulher 2012*. 7ª edição. P. 5.

3. Análise qualitativa dos resultados.

Este elemento da pesquisa consistiu na leitura crítica da parte dispositiva dos acórdãos encontrados, bem como das fundamentações utilizadas para sustentá-las. Assim, identificou-se os argumentos invocados como alicerce das decisões, agrupando-os em tendências distintas e constatando a recorrência das mesmas, tanto para as propensões seguidas pelo TJRJ em prol da incidência da Lei Maria da Penha nos casos concretos, como para as decisões pelo sentido oposto. Realizaremos aqui a exposição dos primeiros em contraposição aos segundos, sempre que possível, acompanhados de nossas considerações teóricas, sintetizando as tendências apresentadas ao final.

Por óbvio, na medida em que o presente projeto propõe a dissecação dos acórdãos para averiguar como o judiciário fluminense vem considerando o tema da violência doméstica e de gênero, a interpretação e importância que serão dadas aos resultados traduzirão o estudo de teorias feministas, o que terão implicações diversas dependendo destas. No entanto, nesse ponto, ressalta-se que tal análise qualitativa não comporta uma valoração de mérito em relação aos julgados estudados, não cabendo aqui a discussão relativa a sua carga axiológica, tampouco o seu enquadramento como certo ou errado e a oferta de uma solução para os pontos tidos como problemáticos.

Começando pela segunda linha argumentativa mais apoiada pelos julgados “pro” Lei Maria da Penha, fazendo a ressalva de que os acórdãos foram contabilizados como aderindo a determinada tendência simplesmente por tangenciá-la, por vezes adotando mais de uma, encontra-se como premissa o denominado “fator biológico” da mulher.

Entendemos por esta proposição que os quatro julgados¹³ que o citaram justificaram a incidência da Lei Maria da Penha no fato de pertencerem as mulheres vítimas dos casos concretos ao sexo feminino. Enquanto a Lei 11.340/06 deixa claro que suas normas se aplicam exclusivamente a mulheres (art. 5º, caput), inclusive havendo no meio de nossos julgados o caso de um homem, vítima de agressões de sua ex-companheira, que teve o seu pleito perante o Juizado Especializado de Violência Doméstica denegado por conta da não incidência da Lei Maria da Penha quando no polo passivo figura pessoa do sexo masculino¹⁴, indagamos se o atributo físico da mulher, de fato, daria conta de representar o que é ser mulher.

Em “O Segundo Sexo” de Simone Beauvoir, a função fisiológica feminina não basta para definir a mulher, da mesma forma que o judeu e o negro também não possuem entidades imutavelmente fixadas pelas ciências biológicas, mas sim um comportamento como reação secundária a uma situação¹⁵. Esse pensamento se torna visível em termos práticos quando pensamos no caso do transexual que não sofreu redesignação sexual por meios médico-cirúrgicos, mas que ainda assim possui o sentimento de pertencer a gênero diverso daquele que representa o sexo com o qual nasceu, ou seja, assume identidade feminina perante a sociedade. É então que resta clara a distinção entre sexo feminino e gênero feminino, sendo

¹³ TJRJ - 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0053878-15.2012.8.19.0000, Rel. Mônica Tolledo de Oliveira, Rio de Janeiro, 23/10/2012; TJRJ - 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0047795-14.2011.8.19.0001, Rel. Ronaldo Assed Machado, Rio de Janeiro, 03/10/2012; TJRJ - 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0010627-44.2012.8.19.0000, Rel. Valmir Ribeiro, Rio de Janeiro, 14/06/2012; TJRJ - 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0048425-39.2012.8.19.0000, Rel. Valmir de Oliveira Silva, Rio de Janeiro, 18/09/2012.

¹⁴ TJRJ - 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0018061-84.2012.8.19.0000, Rel. Denise Vaccari Machado Paes, Rio de Janeiro, 10/07/2012.

¹⁵ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 1ª edição. Nova fronteira, 2009. P. 14.

certo que a lei 11.340/06 assegura que o termo “mulher” poderá se referir a qualquer um dos dois, pois, apesar de não delimitar o conceito de mulher, tomou o cuidado de determinar que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero(...)”, e não no sexo do indivíduo.

Tanto é que a lei garante a sua aplicação independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima e sem fazer ressalvas quanto ao seu agressor, assim vedando o tratamento discriminatório. Confirmando essa tese, encontramos dois julgados “pro” Juizado de Violência Doméstica para casos de lesão corporal entre ex-companheiras. Uma dessas decisões observa que a proteção da presente lei independe da orientação sexual da vítima, mas sim de sua posição de subjugação, o que poderia ocorrer no caso de ser hetero ou homossexual¹⁶. Já a segunda decisão expõe que “o delito narrado reúne os traços culturais da opressão para com a mulher”¹⁷ indicando que tal relação opressora não é limitada pelo gênero do agressor, sendo plenamente possível sua ocorrência entre duas pessoas do mesmo gênero, no caso, o feminino.

Corroborando tal entendimento, coloca-se a opinião do próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, manifestada no sétimo item do Aviso de nº 50/2011 dessa corte, oriundo de encontro de desembargadores atuantes na área criminal: "7- Firma-se a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero nos termos dos artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino". Tal proposição foi posteriormente convertida na Súmula 253 do TJRJ, indicando que a interpretação concedida pelo judiciário fluminense à lei em questão vai ao encontro à teoria ora apresentada, a ponto de ter-se consolidado enunciado expresso a seu respeito.

Mas se o sexo biológico feminino se demonstra insuficiente para caracterizar a mulher, Beauvoir vai além, atentando para o fato de a mulher não ser considerada de forma autônoma, mas definida sempre relativamente ao homem, sendo ele o Sujeito Absoluto e ela o Outro; o segundo sexo¹⁸. Tal conjectura inegavelmente se verifica em alguns dos acórdãos ora sob escrutínio, tanto para o caso de acatar a Lei 11.340/06 como para declarar a sua não incidência. Em julgado no qual é denegada a competência do Juizado Especializado para o julgamento de uma mãe que teria cometido atos de violência contra sua filha, o desembargador, apoiado pelo *parquet*, chama atenção para o fato de que, caso se tratasse de um filho do sexo masculino, a lei Maria da Penha não poderia incidir¹⁹. Portanto, a referida legislação não poderia ser aplicada ao caso, uma vez que se revelaria como uma violação à isonomia constitucional, visto que um homem nas mesmas condições não gozaria de seu amparo. Em consequência, julgou que melhor seria aplicar o Estatuto da Criança e do Adolescente, já que este abarca ambos os gêneros.

Além desse acórdão, verificou-se a ocorrência de cinco outros julgados²⁰, decidindo pela não incidência da Lei 11.340/06, os quais se utilizaram de raciocínio idêntico: se, naquela

¹⁶ TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0018101-73.2011.8.19.0203, Rel. Luis Zveiter, Rio de Janeiro, 30/07/2012.

¹⁷ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0057492-28.2012.8.19.0000, Rel. Suely Lopes Magalhães, Rio de Janeiro, 21/11/2012.

¹⁸ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 1ª edição. Nova fronteira, 2009. P. 17.

¹⁹ TJRJ – 5ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063920-26.2012.8.19.0000, Rel. Luis Felipe Haddad, Rio de Janeiro, 19/12/2012.

²⁰ TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0005072-51.2010.8.19.0021, Rel. Sidney Rosa da Silva, Rio de Janeiro, 02/07/2012; TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0041566-12.2010.8.19.0021, Rel. Siro Darlan de Oliveira, Rio de Janeiro, 13/03/2012; TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0015190-81.2012.8.19.0000, Rel. Denize Vaccari Machado Paes, Rio de Janeiro, 15/05/2012; TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0025611-33.2012.8.19.0000,

situação específica, um homem poderia hipoteticamente sofrer a mesma violência sofrida pela mulher, não deveria ser aplicada a Lei Maria da Penha. Em outras palavras, definiu-se a comparação fictícia entre ambos os gêneros como parâmetro determinante para distinguir se determinado crime teria sido perpetrado em razão do gênero feminino.

Tal interpretação da Lei 11.340/06 se demonstra curiosa, na medida em que revela que a mesma é vista como um benefício que não deve ser concedido à mulher tendo em vista o caso concreto que de fato ocorreu, mas sim pensada em uma situação imaginária na qual é contrastada com o gênero masculino. Em outras palavras, a mulher não deveria ser protegida de maneira diferenciada em situação na qual, fosse a vítima do sexo masculino, o mesmo poderia vir a ocorrer, resultando no questionamento de qual seria o real sentido de proteção intencionado pela promulgação da lei, proteção esta inevitavelmente esvaziada quando considerada nesses termos.

Inesperadamente, o raciocínio do qual tratamos não foi utilizada apenas para afastar a incidência da Lei Maria da Penha. No caso de crime de lesão corporal praticado por padrasto contra sua enteada, o desembargador assevera a competência do Juizado Especializado, se baseando em parecer do magistrado do Ministério Público no qual este levanta a hipótese de que se a vítima fosse, na mesma situação, do sexo masculino, provavelmente o padrasto em questão não teria a coragem de agredi-lo, tendo em vista que correria o risco de ser revidado por aquele, que, sendo homem, possuiria maior força e condição física²¹. Esta situação hipotética, para além de usar o sexo masculino como critério condicionante para um caso concreto que nada lhe diz respeito, se aventura na alegação de que o gênero feminino possui maior fraqueza física do que o gênero masculino. Tal pensamento do Ministério Público pressupõe que a hipossuficiência de que trata a Lei Maria da Penha seja eminentemente física, abrindo espaço para dúvidas de como o *parquet* reagiria no caso não tão raro de ser uma mulher mais “forte” fisicamente que um homem.

Nesse diapasão, e, adentrado em tendência diversa, temos o argumento “pro” Lei Maria da Penha designado pela recorrência da expressão “evidente situação de fragilidade e vulnerabilidade”. Não é difícil compreender de onde foram extraídos tais termos, citados por oito decisões distintas²², pois embora não estejam contidos expressamente na lei em destaque, vêm justificados pela própria intenção desta. Por óbvio que, se a Lei 11.340/06 veio justamente com a finalidade de proteger a mulher, certamente é porque esta figura estava frágil ou vulnerável diante de alguma situação na qual necessitava da proteção que conquistou. Porém, atesta-se também a vacância conceitual dos mesmos, não se definindo ao certo o tipo de fragilidade sofrido pela vítima, e, em mais de uma vez, vindo acompanhada da expressão “relação de submissão”. A utilização de tais expressões, em conjunto ou em separado, inseridas fora de um contexto específico, poderão construir ou perpetuar a

Rel. Nilza Bitar, Rio de Janeiro, 13/08/2012; TJRJ – 5ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063920-26.2012.8.19.0000, Rel. Luiz Felipe Haddad, Rio de Janeiro, 19/12/2012.

²¹ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0010627-44.2012.8.19.0000, Rel. Valmir Ribeiro, Rio de Janeiro, 14/06/2012.

²² TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0016705-54.2012.8.19.0000, Rel. Maria Angélica Guerra Guedes, Rio de Janeiro, 08/05/2012; TJRJ – 4ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0032898-47.2012.8.19.0000, Rel. Nilza Bitar, Rio de Janeiro, 03/07/2012; TJRJ – 4ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0037024-43.2012.8.19.0000, Rel. Nilza Bitar, Rio de Janeiro, 21/08/2012; TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0028450-31.2012.8.19.0000, Rel. Antonio Carlos Bittencourt, Rio de Janeiro, 28/08/2012; TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0062788-31.2012.8.19.0000, Rel. Marcus Quaresma Ferraz, Rio de Janeiro, 07/11/2012; TJRJ – 5ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0037100-67.2012.8.19.0000, Rel. Antonio Carlos Bittencourt, Rio de Janeiro, 22/11/2012; TJRJ – 4ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063544-40.2012.8.19.0000, Rel. Nilza Bitar, Rio de Janeiro, 27/11/2012; TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063095-82.2012.8.19.0000, Rel. Elizabete Alvez de Aguiar, Rio de Janeiro, 13/12/2012.

construção do gênero feminino como o polo mais fraco entre os dois, reforçando uma noção de inferioridade em vez de igualdade entre os sexos.

Como reflexo disso, temos sete decisões contra a incidência da Lei Maria da Pena que aprimoram tal vertente para o lado oposto. Dois julgados disseram que haveria uma ausência de relação de submissão ou dominação nos crimes cometidos²³, enquanto outro deduziu que as ameaças sofridas pela vítima “ultrapassam a questão do gênero” porque o agressor não “visa dominar mulher vulnerável”²⁴. Nesse caso, percebemos o quão subjetivo se torna a função do magistrado, especialmente no que tange a averiguação da intenção por trás da conduta criminosa, para fins de se afirmar se houve o dolo de dominar no delito em questão. Dessa forma, além da ausência de uma caracterização objetiva para o que consistiria a tão recorrente vulnerabilidade, o magistrado concede especial relevância para o fato de ser a relação de dominação proposital ou acidental, considerando que a tipificação da violência perpetrada em razão do gênero depende necessariamente da intenção do agressor.

Nesse sentido, houve julgado “pro” juízo criminal comum que se baseou inteiramente na suposição da intenção do acusado, sendo este o critério utilizado para definir se a conduta violenta teria sido praticada por motivo de gênero: “Por isso, não é qualquer delito que pode ser enquadrado como violência de gênero, mas sim a intenção de demonstrar a superioridade masculina em relação à mulher vítima do abuso, em verdadeiro desrespeito à diferença de gênero existente entre o algoz e a vítima”²⁵. Da mesma forma, buscou-se também averiguar a vontade do acusado no julgamento dos conflitos de competência que envolviam a prática de crime de ordem patrimonial ou motivado por esta, negando-se a competência dos Juizados Especializados em todos os casos²⁶.

Além disso, em linha diametralmente oposta ao argumento “pro” Maria da Pena que protesta pela evidência da situação de fragilidade, percebeu-se o emprego da seguinte conclusão, encontrada em 4 julgados²⁷, “Portanto, a violência de que trata o processo não é fruto de fragilidade ou hipossuficiência proveniente do gênero, condição sine qua non para a aplicação da Lei.” Novamente, aqui se denota a imprecisão concreta dos termos, que podem ser igualmente utilizados para confirmar ou refutar a incidência da Lei Maria da Pena. A partir do não delineamento de termos como “fragilidade”, muito menos a definição de quando esta seria proveniente do gênero, permite-se o uso das mesmas palavras para gerar conclusões opostas para situações faticamente similares, o que é percebido ao simplesmente comparar os casos concretos.

Para ilustrar a situação descrita, nos utilizaremos de dois exemplos reais. Um dos casos fundamentados pela “evidente situação de fragilidade” foi ocasionado pela conduta de lesão corporal praticada por um homem contra a sua filha de 11 anos de idade, a qual foi atacada

²³ TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0031716-26.2012.8.19.0000, Rel. Antonio Jayme Boente, Rio de Janeiro, 09/10/2012; TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0043694-97.2012.8.19.0000, Rel. Antonio Jayme Boente, Rio de Janeiro, 09/10/2012.

²⁴ TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0044944-68.2012.8.19.0000, Rel. Monica Tolledo de Oliveira, Rio de Janeiro, 23/10/2012.

²⁵ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0024635-26.2012.8.19.0000, Rel. Suely Lopes Magalhães, Rio de Janeiro, 06/06/2012.

²⁶ TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0024606-73.2012.8.19.0000, Rel. Suimei Meira Cavalieri, Rio de Janeiro, 26/07/2012; TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0032882-93.2012.8.19.0000, Rel. Suimei Meira Cavalieri, Rio de Janeiro, 15/08/2012.

²⁷ TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0039977-77.2012.8.19.0000, Rel. Elizabeth Gomes Gregory, Rio de Janeiro, 11/12/2012; TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063126-05.2012.8.19.0000, Rel. Maria Angelica Guedes, Rio de Janeiro, 27/11/2012; TJRJ – 4ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0043734-79.2012.8.19.0008, Rel. Gizelda Leitão Teixeira, Rio de Janeiro, 09/04/2012; TJRJ – 4ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0016339-15.2012.8.19.0000, Rel. Roberto Távora, Rio de Janeiro, 17/07/2012.

com socos em sua cabeça e boca por motivo de discussão familiar²⁸. Já em decisão proferida cerca de um mês depois, determinando pela competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Jacarepaguá, amparada dessa vez pela ausência de fragilidade proveniente de gênero, um homem pratica lesão corporal contra sua filha adolescente empurrando-a, o que fez com que esta rolasse os degraus de uma escada e se contundisse²⁹. Considerando os fatos narrados, comprovamos que ambos os casos dispõem de elementos idênticos: crimes iguais e a mesma relação familiar entre a vítima e o agressor, sendo ambas as meninas agredidas menores de idade. Conquanto a semelhança dos fatos ocorridos seja inegável, a disparidade entre as conclusões optadas, sustentadas por expressões idênticas inclinadas para lados opostos, é o suficiente para evidenciar, no mínimo, a falta de homogeneidade das decisões proferidas pelo TJRJ.

A dificuldade de encontrar uma definição para a violência perpetrada em razão do gênero é manifestada novamente em outra tendência seguida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em favor da competência de juízos criminais comuns para julgar as demandas judiciais. Cinco incidentes de conflitos de competência diferentes expressaram o declínio de competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a partir da justificativa de que não se faria presente a “elementar relacionada com violência de gênero”³⁰. O impasse se revela na medida em que não há uma especificação por parte do desembargador relator do acórdão do que constituiria tal elementar da ação penal, assim inviabilizando a compreensão de como o magistrado decidiu pela sua ausência.

Recorremos aos ensinamentos doutrinários de Direito Penal. Conforme este ramo jurídico, as diferentes espécies de crimes e contravenções penais contariam com componentes denominados “elementares” para sua composição, definidas estas como os elementos constitutivos dos mesmos³¹. Em relação a sua classificação, as elementares podem ser objetivas, no que se referem à materialidade dos elementos do crime, subjetivas, quanto à exigência de uma finalidade específica verificada na conduta do agente que cometeu o crime, e normativas, sendo aquelas que necessitam de um juízo de valor jurídico, social, cultural, histórico ou político. Nos parece que o “gênero”, enquanto elementar da conduta violenta que tipificaria a incidência da Lei Maria da Penha, se enquadraria como elementar de ordem normativa, uma vez que dependeria de uma consideração extrajurídica acerca de seu significado.

Porém, nos julgados nos quais tal elementar é apontada como ausente, além de não ser singularizada a classificação do seu tipo, também não é assinalado nada mais a seu respeito, não restando clara a razão que motivou a decretação de sua ausência. É certo que ocorre a descaracterização do delito quando não se verifica uma elementar prevista no tipo penal, uma vez que acarreta na atipicidade do crime, assim não havendo dúvidas quanto à consequência da afirmação de não se verificar determinada elementar. Por conseguinte, o questionamento surge apenas em relação à indicação de sua causa, sob pena de poder ser tal argumento invocado em qualquer situação fática, de acordo simplesmente com a vontade do magistrado.

²⁸ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0062788-31.2012.8.19.0000, Rel. Marcus Quaresma Ferraz, Rio de Janeiro, 07/11/2012.

²⁹ TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0039977-77.2012.8.19.0000, Rel. Elizabeth Gomes Gregory, Rio de Janeiro, 11/12/2012.

³⁰ TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0032698-40.2012.8.19.0000, Rel. Valmir de Oliveira Silva, Rio de Janeiro, 17/07/2012; TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0010134-67.2012.8.19.0000, Rel. Valmir de Oliveira Silva, Rio de Janeiro, 03/06/2012; TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0041513-77.2010.8.19.0038, Rel. Katya Maria Monnerat, Rio de Janeiro, 03/05/2012; TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0039977-77.2012.8.19.0000, Rel. Elizabeth Gomes Gregory, Rio de Janeiro, 11/12/2012; TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063126-05.2012.8.19.0000, Rel. Maria Angelica Guedes, Rio de Janeiro, 27/11/2012.

³¹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 329.

Indo ao encontro dessa argumentação, com a diferença de ser mais específica a descaracterização da elementar, dois julgados explicitam que a violência do caso concreto teria sido praticada em puro caráter sexual, não havendo qualquer relação com o gênero, ou, ainda, posta como uma “violência eminentemente sexual”³². Tal diferenciação sugere que o caráter sexual do crime seria inconciliável com o caráter de gênero, excluindo-se o último quando verificada a presença do primeiro. Já que, segundo tal pensamento, não haveria a possibilidade de coexistência entre os dois elementos, questiona-se se qualquer crime de cunho sexual necessariamente anularia o caráter de “gênero” do mesmo, e como averiguar se a vontade do acusado fora completamente desmotivada pelo gênero de sua vítima.

Ressalta-se que se trata de dois casos de estupro de vulnerável, crime tipificado no art. 217-A do Código Penal, definido como a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Nesse contexto, a legislação penal utiliza o termo “vulnerável” de maneira constricta apenas aos menores de 14 anos, com o claro objetivo de proteger este, que seria inepto de discernir ou resistir por não ter a capacidade de exercer livremente os seus direitos sexuais e reprodutivos.

Tal tipo penal específico se apresenta como problemático quando pensado em termos de sua compatibilização com os crimes perpetrados por motivo de gênero, uma vez que, sendo a vítima do sexo feminino, ela pertenceria simultaneamente a dois grupos sociais distintos; seria ao mesmo tempo mulher e criança. Sabemos que, da mesma forma que um indivíduo não deve ser definido apenas a partir de seu sexo, também não pertence a somente uma das várias categorias criadas pela sociedade. O ser humano inserido em um contexto social será continuamente classificado, e assim, estereotipado, levando em consideração uma gama de variáveis além de seu sexo e gênero, tais como sua raça, profissão, classe social, crença religiosa e sua idade³³. É nesse sentido que a questão do estupro de vulnerável se apresenta como especialmente delicada, vendo-se o operador de direito diante da inevitável situação de ter que realizar uma escolha entre elevar o gênero ou a idade da vítima como causa determinante do fato criminoso.

Entre os julgados da presente pesquisa, a opção por declarar que a motivação criminosa teria sido baseada na idade e não no gênero foi encontrada em sete acórdãos distintos³⁴, decidindo pela não incidência da Lei Maria da Penha. Dois desses especificaram o fundamento a partir do fato de tratar-se de pessoa ainda em formação física e intelectual, tendo esta supostamente sido a causa principal que deu origem à conduta criminosa. Dessa maneira, entendemos que, para os desembargadores em questão, não haveria, que se fazer distinção de gênero quando o crime sexual é cometido contra pessoa menor de 14 anos.

Ademais, em mais de uma decisão invocou-se novamente o discurso apontado anteriormente, objeto da obra de Beauvoir. Em um acórdão no qual o irmão da vítima também teria sido violentado sexualmente por seu pai, foi julgado que o fato de a vítima ser do sexo feminino foi irrelevante para influenciar a conduta do acusado, visto que seu irmão sofrera a

³² TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0015190-81.2012.8.19.0000, Rel. Denize Vaccari Machado Paes, Rio de Janeiro, 15/05/2012; TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0024613-65.2012.8.19.0000, Rel. Denize Vaccari Machado Paes, Rio de Janeiro, 06/12/2012.

³³ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 1a edição. Nova fronteira, 2009. P. 14.

³⁴ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0069477-91.2012.8.19.0000, Rel. Suely Lopes Magalhães, Rio de Janeiro, 02/06/2012; TJRJ – 4ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0030285-54.2012.8.19.0000, Rel. Nilza Bitar, Rio de Janeiro, 26/06/2012; TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0005752-36.2010.8.19.0021, Rel. Suimei Meira Cavalieri, Rio de Janeiro, 05/06/2012; TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0005752-36.2010.8.19.0021, Rel. Suimei Meira Cavalieri, 29/05/2012; TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0015190-81.2012.8.19.0000, Rel. Denize Vaccari Machado Paes, Rio de Janeiro, 15/05/2012; TJRJ – 3ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0010134-67.2012.8.19.0000, Rel. Valmir de Oliveira Silva, Rio de Janeiro, 03/06/2012.

mesma violência³⁵. Já em caso diverso, no qual sequer se sabe se a vítima possuía irmãos, o desembargador considerou que, fosse a vítima do sexo masculino, a conduta também existiria, vez que o importante para o agente criminoso era a pouca idade da vítima³⁶.

Independentemente do viés seguido, tal interpretação para o caso de estupro de vulnerável, a partir do suposto embate entre a idade e o gênero da vítima, nos sugere uma característica adicional acrescentada ao perfil da mulher protegida pelo escopo da Lei 11.340/06, devendo esta possuir mais de 14 anos de idade para que seja compreendida mais como uma mulher do que como uma criança. Contudo, tal perspectiva ainda não é unânime, constatando-se desembargadores que optaram pela preponderância do elemento “gênero” para a mesma situação.

Um julgado “pro” Lei Maria da Penha se destacou como destoante dos demais, se utilizando da comparação com o gênero masculino justamente para fazer incidir a referida legislação³⁷. A fundamentação da decisão afirma que o sexo feminino da criança se mostrou como uma das condições primordiais que levaram o acusado a cometer o crime descrito na denúncia, sobretudo porque seu outro filho, de sexo masculino, jamais sofrera a mesma violência. Outros dois acórdãos, também em favor desta lei, destacaram que “Afim, se a mulher vítima merece proteção, por estar em uma situação de inferioridade, com muito mais razão se criança ou adolescente.”³⁸ e “Não cabe, pois, ao julgador distinguir entre “mulher” e “adolescente” onde o legislador não o fez. Ademais, uma adolescente de 16 (dezesseis) anos grávida já é uma mulher.”³⁹.

Passando para tendência diversa, ainda em favor da incidência da Lei 11.340/06, verificou-se o reconhecimento por parte dos magistrados quanto aos benefícios prático-funcionais dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Dois julgados fundamentaram suas decisões tendo em vista o tratamento mais cuidadoso requisitado pela vítima em razão da experiência traumatizando que sofrera, estabelecendo um deles que “O Juizado de Violência Doméstica possui uma equipe multidisciplinar que poderá oferecer um atendimento mais adequado a essa adolescente, inclusive possibilitando a aplicação de medidas protetivas estabelecidas na lei especial, diferentemente do que ocorre no frio ambiente de uma vara criminal comum.”⁴⁰. Esse argumento inova ao justificar a incidência da lei tendo em vista o dano sofrido pela vítima e a exigência de amparo diferenciado em virtude disso, a princípio, independentemente do crime específico cometido ou da intenção do acusado.

Já em acórdão julgado a favor do sentido oposto, constatou-se que o enquadramento de qualquer agressão contra mulher como fazendo jus à proteção da Lei Maria da Penha descaracterizaria o caráter protetivo desta⁴¹. Tal argumento nos faz imaginar que a lei teria de ser economizada de alguma forma, preservando-se sua incidência apenas para casos

³⁵ TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0005072-51.2010.8.19.0021, Rel. Sidney Rosa da Silva, Rio de Janeiro, 02/07/2012; TJRJ – 4ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0046996-37.2012.8.19.0000, Rel. Nilza Bitar, Rio de Janeiro, 04/09/2012.

³⁶ TJRJ – 1ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0015190-81.2012.8.19.0000, Rel. Denize Vaccari Machado Paes, Rio de Janeiro, 15/05/2012.

³⁷ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0051781-42.2012.8.19.0000, Rel. Claudio Tavares de Oliveira Junior, Rio de Janeiro, 31/10/2012.

³⁸ TJRJ – 5ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0037100-67.2012.8.19.0000, Rel. Antonio Carlos Bitencourt, Rio de Janeiro, 22/11/2012.

³⁹ TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063633-63.2012.8.19.0000, Rel. Marcia Perrini Bodart, Rio de Janeiro, 27/11/2012.

⁴⁰ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 025392-20.2012.8.19.0000, Rel. Gilmar Augusto Teixeira, Rio de Janeiro, 06/06/2012; TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0063794-73.2012.8.19.0000, Rel. Marcus Quaresma Ferraz, Rio de Janeiro, 05/12/2012.

⁴¹ TJRJ – 8ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0046342-50.2012.8.19.0000, Rel. Gilmar Augusto Teixeira, Rio de Janeiro, 17/10/2012.

específicos, sob pena de ocorrer a sua aplicação de maneira desmedida. A decisão versava sobre o caso de um crime de lesão corporal praticado pelo sobrinho da vítima contra esta durante uma festa de família, na qual a mesma teria tentado intervir em uma briga daquele com sua namorada. Aparentemente satisfazendo os requisitos básicos para a incidência da lei, uma vez que foi um crime praticado contra uma mulher em ambiente familiar, a incidência da Lei 11.340/06 é repudiada pelo fato de não se tratar de violência doméstica recorrente, mas apenas de uma violência única, pontual, e especificamente motivada.

Tal constatação nos reporta à indagação de se o simples fato de a conduta violenta ter ocorrido em ambiente doméstico a definiria automaticamente como violência doméstica. Recorrendo à lei 11.340/06, vemos que esta propõe definições diversas para o âmbito da unidade doméstica e da família, embora ambos ensejem a incidência da lei da mesma forma. O primeiro seria compreendido como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive os esporadicamente agregadas, enquanto a segunda poderia ser temporária, formada por indivíduos unidos por laços naturais, afinidade, ou vontade expressa⁴². Além desses, a lei elenca um terceiro âmbito de aplicação, descrito como qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Desse modo, percebe-se que, mais importante do que o ambiente físico no qual o crime ocorreu, é a relação de parentesco que a vítima possui com o seu agressor, que poderá resultar de vínculo sanguíneo, de afinidade ou afetividade. Corroborando tal interpretação, em conflito de competência julgado a favor da Lei Maria da Penha o egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou decisão do juízo a quo, para defender que “Com ou sem vínculo familiar, o parentesco entre as partes, que convivem num ambiente da família, seja por laços naturais ou de afinidade, também faz incidir a lei”⁴³. Tratava-se de caso de estupro de vulnerável cometido por padrasto contra sua enteada, para o qual o magistrado do Juizado de Violência Doméstica que recebeu a demanda recusou a competência do órgão especializado, em nítido caráter contra legem, pois a Lei Maria da Penha só incidiria “quando decorrente de uma relação que envolve casamento, união estável ou até mesmo o namoro em alguns casos”⁴⁴.

Apesar de tal decisão não ter prosperado em segunda instância e, não obstante o explícito conteúdo da Lei 1.340/06, ainda nota-se a noção de afetividade amorosa interferindo nos argumentos “pro” e “contra” a aplicação de suas normas. Em acórdão determinando a competência jurisdicional ao JECRIM da Capital para o crime de ameaça entre cunhadas que habitavam o mesmo terreno conflituosamente há 10 anos⁴⁵, destacou-se na fundamentação da decisão a ausência de relação homoafetiva entre as duas, e, portanto, que a violência não teria ocorrido pelo fato de ser a vítima mulher. Da mesma forma julgou-se o crime de ameaça entre ex-companheiras, que habitavam juntas até 1 mês antes do delito ser cometido⁴⁶. Nesse caso, deixou-se claro que, de forma geral, agressões resultantes de relações homoafetivas encontrariam proteção na legislação especial. Porém, uma vez que o crime se deu por motivação de dívida, assim revelando o caráter patrimonial da agressão, e pelo fato de já haver terminado a relação afetiva, a violência perpetrada não foi em decorrência do gênero.

⁴² Art. 5, caput e incisos, Lei 11.340/06.

⁴³ TJRJ – 2ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0034600-28.2012.8.19.0000, Rel. Leony Maria Grivet Pinho, Rio de Janeiro, 06/11/2012.

⁴⁴ Juízo de Direito do Juizado da Violência e Doméstica e Familiar contra a Mulher de Duque de Caxias, 2216851-48.2011.8.19.0021, Rio de Janeiro.

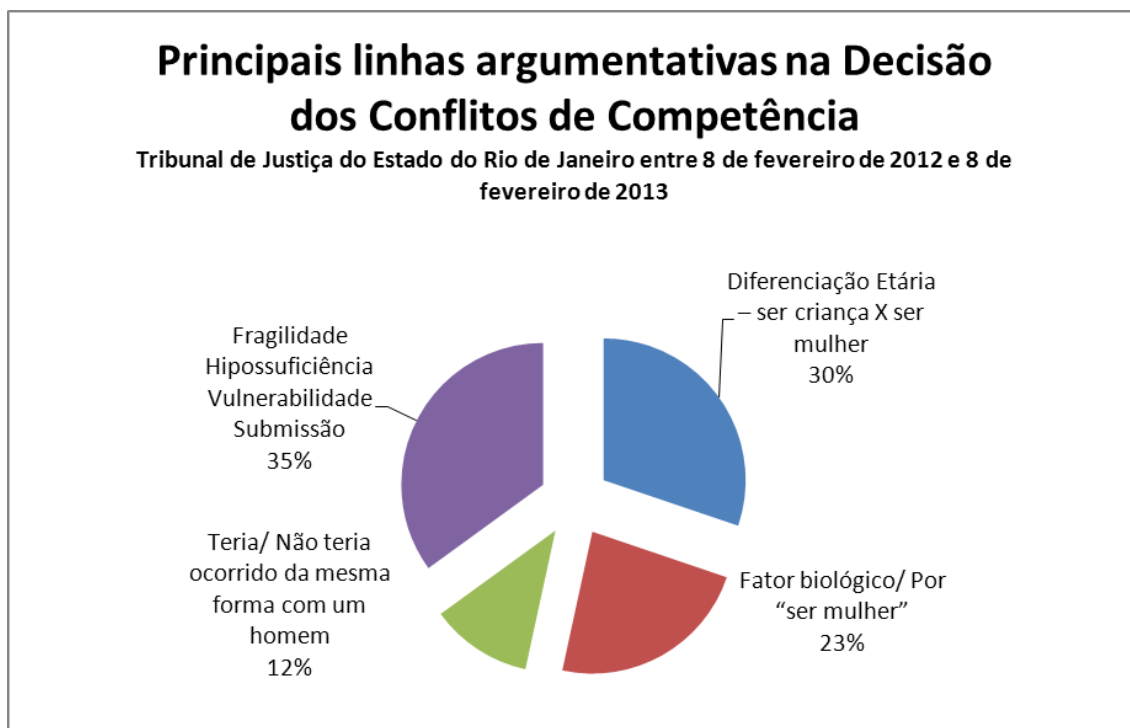
⁴⁵ TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0066578-23.2012.8.19.0000, Rel. Sidney Rosa da Silva, Rio de Janeiro, 15/01/2012.

⁴⁶ TJRJ – 5ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0046912-36.2012.8.19.0000, Rel. Denize Vaccari Machado Paes, Rio de Janeiro, 20/09/2012.

Por conseguinte, percebe-se que para além da questão de cunho afetivo-amoroso, ou de ser a violência enquadrada como doméstica ou não, retorna-se à grande problemática de como definir a conduta violenta como sendo motivada pelo gênero. Nesse sentido, inclusive, impõe-se a singela diferença entre a violência doméstica propriamente dita e a violência doméstica de gênero, encontrando-se recorrentemente a noção de que não bastaria que o crime fosse de violência doméstica para ser também de gênero: “(...) muito embora cometido por homem contra adolescente, em sede familiar. Em outras palavras, o caso é de violência doméstica, mas não de gênero.”⁴⁷.

Isto posto, analisadas todas as principais linhas argumentativas presentes nos 59 acórdãos em sede de incidentes de conflitos de competência, percebe-se que a conceituação da motivação pelo “gênero” feminino se revela como o cerne de todas as decisões objetos do presente estudo, sendo a sua compreensão manifestada de diferentes formas nas tendências apresentadas. Realizando o agrupamento dessas em apenas quatro grandes classificações, a partir da argumentação seguida ou meramente tangenciada pelo acórdão, independentemente da respectiva decisão dispositiva, chegou-se à divisão genérica baseada na descrição da hipossuficiência feminina, a faixa etária da mulher, seu sexo biológico e a comparação desta com a figura masculina.

A partir da quantificação da recorrência dos mesmos, sendo as tendências citadas na ordem de sua maior representatividade proporcional, gerou-se o gráfico abaixo para ilustrar os resultados qualitativos obtidos, atendidas as tendências pela seguinte nomenclatura: (i) Justificativa a partir de termos como “fragilidade”, “hipossuficiência”, “vulnerabilidade”, e “submissão”; (ii) Diferenciação etária entre ser criança e ser mulher; (iii) Fator biológico do sexo feminino; (iv) Comparação com o sexo/gênero masculino. Desse modo, apreendemos que, no período entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013, houve a preponderância da utilização de quatro critérios básicos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a fim de discernir quais mulheres poderiam se valer da proteção da Lei 11.340/06, assim divulgando ser esta a atual abordagem do cenário de gênero pelo judiciário do Rio de Janeiro.



⁴⁷ TJRJ – 7ª Câmara Criminal, Conflito negativo de competência 0039977-77.2012.8.19.0000, Rel. Elizabeth Gomes Gregory, Rio de Janeiro, 11/12/2012.

Conclusões

Conforme já apontado anteriormente, a finalidade da presente pesquisa se apresenta como um breve olhar analítico acerca de como o judiciário do estado do Rio de Janeiro tem considerado o tema da violência doméstica perpetrada em razão do gênero. Desse modo, as conclusões exprimem-se na mera síntese dos pontos abordados para ambos os vieses de análise; quantitativo e qualitativo.

Em termos quantitativos, o número de decisões a favor da competência do Juizado Especializado se equipara à quantidade de julgados pelo sentido oposto apenas no nono mês de pesquisa, superando o número de decisões pelo juízo criminal comum somente no mês de novembro e voltando a igualar nos últimos três meses. Embora tais dados demonstrem crescente favoritismo à aplicação da Lei Maria da Penha, as inferências qualitativas denotam uma ampla gama de tendências seguidas, revelando decisões heterogêneas apoiadas em fundamentos ainda não uniformizados pelos órgãos jurisdicionais.

Isto posto, a constatação do uso conflitante dos conceitos, ensejando resoluções diversas para casos faticamente similares, evidencia uma jurisprudência ainda claudicante e em construção. Apesar de ser inegável que no período estudado há uma certa guinada para maior número de decisões pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar nos casos de Conflito de Competência acima explicados, e não se pretende aqui valorar se é positivo ou negativo este efeito, nota-se que as justificativas para tais decisões ainda se embasam em conceitos abertos e sem continuidade entre as turmas do tribunal, nos indicando as oscilações e precariedade do atual cenário jurídico brasileiro acerca do gênero.

Quanto à construção da figura feminina enquanto sujeito de direito, dentre todas as fundamentações exibidas nos acórdãos estudados, houve a redução dos argumentos utilizados à quatro tendências principais, indiretamente direcionadas a esse propósito, a saber: a hipossuficiência feminina, a faixa etária da mulher, o sexo biológico e, por último, a comparação da figura feminina com a masculina. Destarte, ainda que a jurisprudência não se demonstre homogênea, tais dados revelam os critérios mais aplicados à consideração da “mulher” no contexto da sociedade brasileira, e, por conseguinte, o atual alcance da Lei 11.340/06 no estado do Rio de Janeiro.

Referências

BERNARDES, Marcia Nina. *Gênero, Direito e Democracia: o papel do Direito na luta contra a Discriminação baseada em Gênero*. Disponível em <<https://pibic.rdc.puc-rio.br/WebConsulta.aspx>>.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

BUTLER, Judith. *Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex*. In Yale French Studies. Yale University Press: 1986.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Lumens, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade, vol I: A Vontade do Saber*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Secretaria de Políticas para as Mulheres. Lei Maria da Penha. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2012/lei-maria-da-penha-edicao-2012>> Acesso em: 29/07/2013.

Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê Mulher 2012*. 7a edição.