

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **CEDENIR BALBE BERTOLINI**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

VIOLENCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato.

VIOLENCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em indeferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 24 de março de 2011.

HC 106.212 / MS

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **CEDENIR BALBE BERTOLINI**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto a título de relatório as informações prestadas pela Assessoria:

Em 27 de agosto de 2007, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 21, cabeça, do Decreto-Lei nº 3.688/41 – contravenção penal de vias de fato. Em 12 de janeiro de 2009, acabou condenado à pena de quinze dias de prisão simples, substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, em observância ao artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (proibição de aplicação da Lei nº 9.099/95 – lei da violência doméstica contra a mulher).

Contra a sentença foi interposta apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. A defesa sustentou, preliminarmente, a não observância do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, discorrendo sobre a Lei nº 11.340/06 e apontando o descabimento da vedação prevista no artigo 41 desse diploma. Requereu o retorno do processo à origem para viabilizar ao órgão do Ministério Público o oferecimento do benefício da suspensão condicional. No mérito, alegou não estar o conjunto probatório apto a respaldar o decreto condenatório, asseverou haver ocorrido legítima defesa e pleiteou a aplicação do princípio favorável ao réu, com a consequente absolvição.

HC 106.212 / MS

O Tribunal de Justiça não conheceu da questão preliminar e negou provimento ao recurso. Consignou terem ficado devidamente provadas, no processo, tanto a materialidade do delito como a autoria.

No *habeas corpus* formalizado no Superior Tribunal de Justiça, sob o nº 144.769/MS, a defesa reafirmou as teses aduzidas na apelação, buscou o deferimento de liminar para suspender os efeitos da sentença penal condenatória e do acórdão alusivo ao recurso e, no mérito, pediu a anulação do referidos atos jurisdicionais bem como a volta do processo à origem para o Ministério Público pronunciar-se sobre a suspensão condicional. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator, não acolheu o pleito de concessão de medida acauteladora, por entender ausentes o sinal do bom direito e o perigo de demora. A Quinta Turma do Tribunal indeferiu a ordem. Assentou a aplicação do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 e, evocando precedente do Supremo – *Habeas Corpus* nº 86.007/RJ, relator Ministro Sepúlveda Pertence –, explicitou a inadequação, no caso, do benefício da suspensão condicional do processo, ante a superveniência da decisão penal condenatória.

Mediante esta impetração, a Defensoria Pública da União pretende infirmar o mencionado acórdão. Reitera as questões arguidas nas instâncias judiciais já percorridas e requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, determinando-se o retorno do processo ao Juízo e a abertura de vista ao Ministério Público visando definir a suspensão referida.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria Geral da República discorre sobre o artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais por não consistir a violência doméstica contra a mulher em delito de menor potencial ofensivo, argumenta sobre a necessidade de proteção da família, diz da conformidade da chamada “Lei

HC 106.212 / MS

Maria da Penha” com a Carta Federal e defende a constitucionalidade da norma citada. Opina pelo indeferimento da ordem.

Observo que a sentença e o acórdão da apelação concernem tão somente ao artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41, não havendo remissão ao artigo 129, § 9º, do Código Penal a que se refere o acórdão do *habeas corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, cuja cópia foi encaminhada eletronicamente.

Lancei visto no processo em 9 de março de 2011, liberando-o para ser julgado no Plenário a partir de 17 seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A família mereceu proteção especial da Constituição de 1988 – Capítulo VII do Título VIII – Da Ordem Social. A união estável entre o homem e a mulher é considerada como entidade familiar – artigo 226, § 3º, da Carta. Ante esse contexto e a realidade notada, veio à balha a Lei nº 11.340/2006, cujo objetivo principal é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 do Diploma Maior:

Art. 226.[...]

[...]

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O artigo 7º da citada lei revela o que se entende como violência doméstica e familiar contra a mulher: não é só a violência física, mas também a psicológica, a social, a patrimonial e a moral. Deu-se concretude ao texto constitucional, com a finalidade de mitigar, porquanto se mostra impossível dissipar por completo, o que acontece Brasil afora.

O paciente foi condenado presente o artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41 – prática de vias de fato. A Defensoria Pública da União insiste no afastamento do disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/06, afirmando o conflito com o texto constitucional. O móvel seria o tratamento diferenciado. Ocorre que este veio a ser sinalizado pela própria Carta Federal no que buscada a correção de rumos. Mais do que isso, conforme

HC 106.212 / MS

o artigo 98, inciso I, do Diploma Maior, a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, submetendo-a ao julgamento dos juizados especiais, depende de opção político-normativa dos representantes do povo – os Deputados Federais – e dos representantes dos Estados – os Senadores da República. No caso, ante até mesmo o trato especial da matéria, afastou-se, mediante o artigo 41 da denominada “Lei Maria da Penha”, a aplicabilidade da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos delitos – gênero – praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Eis o teor do preceito: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não a contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fugam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei nº 9.099/95 no que, em processo-crime – e inexistente processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que, alfim, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a “regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias considerada a célula básica que é a mulher.

Bem andaram o Juízo, o Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, estes dois últimos ao manterem o quadro decisório formalizado,

HC 106.212 / MS

que resultou na aplicação da pena de quinze dias de prisão simples substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, aliás mera advertência a inibir a reiteração de prática das mais condenáveis.

Indefiro a ordem, declarando a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, cuja importância para a preservação dos interesses maiores da sociedade equipara-se, se é que não suplanta, à dos avanços ocorridos com o Código Nacional de Trânsito, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **CEDENIR BALBE BERTOLINI**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, de clínico geral jurídico devo transformar-me em especialista, especialista em Lei Maria da Penha, e explico.

Sou relator de outros três processos, dois deles objetivos: uma declaratória de constitucionalidade – formalizada pelo Presidente da República, na qual indeferi a liminar, tendo em conta que o objeto da liminar seria a suspensão de todos os processos em curso no território nacional versando a referida lei –, uma ação direta de inconstitucionalidade e um mandado de segurança, que envolveu a punição de um juiz. Aliás, nesse mandado de segurança, ao deferir a liminar, fui mal compreendido por um veículo de comunicação. Uma grande revista de circulação nacional apontou que o juiz conseguira uma solidariedade – seria a minha. Mas, no início da decisão, na parte relativa à fundamentação, disse que em jogo estava predicado maior da magistratura, que é a independência.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, assim como o Ministro Marco Aurélio teve que se tornar um especialista na Lei Maria da Penha, na data de hoje, eu também tive que me dedicar a esse **munus** e verifiquei que realmente o histórico do surgimento da Lei Maria da Penha é da própria tutela da dignidade da pessoa humana.

Como bem destacou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, a criação da Lei Maria da Penha, com os seus consectários, vale dizer, com as suas figuras delitivas e com o seu procedimento próprio, encontra embasamento legal no artigo 98, I, e notadamente na **ratio legis** do artigo 226, 7º, da Constituição Federal. Porque esse artigo de tutela da família e da mulher indicia que está autorizada a criação de mecanismos adequados à repressão desse ilícito, e um dos mecanismos adequados é exatamente a criação de um juizado. E por que a criação de um juizado? Porque os juzizados especiais comuns não se aprofundam na causa, eles normalmente são voltados para causas de menor complexidade.

E aqui se observa, na própria razão de ser da Lei Maria da Penha, que, longe de pretender um revanchismo legal, estipula-se a criação desses juzizados contra a violência doméstica para dar mais agilidade aos processos e para que as investigações sejam mais detalhadas, com depoimentos, inclusive, de testemunhas, que são - digamos assim - procedimentos ou ritos incompatíveis com a celeridade do procedimento dos juzizados especiais.

Por outro lado, eu também verifico que, na aferição da constitucionalidade das leis, à luz dessas cláusulas pétreas da isonomia e da razoabilidade, a Suprema Corte apenas exige que a lei tenha uma razão jurídica, tenha uma causa jurídica, porque, nesse conflito, entre uma causa jurídica suficiente e um mero princípio, segundo a jurisprudência do nosso Tribunal, que anotei na Ação Direta de

HC 106.212 / MS

Inconstitucionalidade nº 1.158, nesse confronto, deve prevalecer a regra específica.

Então, efetivamente, também concordo com o argumento de encerramento do Ministro Marco Aurélio que, na essência, significa dizer o seguinte: mulheres que sofrem violência doméstica não são iguais às mulheres que não sofrem violência doméstica. De sorte que essa é a verdadeira aplicação do princípio da isonomia: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Parabenizo-o pelo seu voto, de uma especialidade **ex abrupto**, surgida aqui no julgamento, e o acompanho integralmente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não me imaginava, um ex-Juiz do Trabalho, julgando a matéria, muito menos no Supremo.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, parablenzo o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, tanto do ponto de vista da técnica jurídica, quanto da perspectiva das razões históricas e sociais que levaram à edição da lei e do dispositivo ora impugnados.

Mas, em primeiro lugar, em razão de votos que proferi em outros **habeas corpus**, que tratavam, por exemplo, da possibilidade de concessão de liberdade provisória no crime de tráfico ou de conversão da pena privativa de liberdade em substitutiva, é necessário distinguir que aqui - aqueles casos também foram defendidos, e muito bem defendidos da tribuna, como hoje, de maneira corajosa, veio o nobre defensor fazer a defesa do seu constituído - não estamos no campo da individualização da pena. Nós, aqui, estamos no campo de saber se o legislador estabeleceu, ou não, a aplicação para a defesa desse bem jurídico que é a integridade física da mulher no âmbito familiar desse ou daquele rito processual - no caso, se seria ou não submetido ao art. 98, I. Então, não há conexão aqui com votos que proferi no sentido de conceder a ordem naquelas outras hipóteses relativas à Lei de Drogas, porque lá eu estava no âmbito da individualização da pena; aqui estamos no âmbito de qual é o rito processual e se são aplicáveis ou não determinadas situações como a suspensão do processo neste caso.

Dito isso, Senhor Presidente, o meu posicionamento vai no sentido de acompanhar o eminente Relator, mas gostaria de mencionar algumas das razões extremamente graves e importantes que levaram à edição dessa Lei.

Se nós formos nas Ordenações Filipinas, que vigoraram em âmbito de matéria penal até 1830 no Brasil, nós encontraremos o seguinte dispositivo: “achando o homem casado sua mulher em adultério,

HC 106.212 / MS

licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou o nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade". Se o adúltero tivesse um **status** social superior ao do marido, o marido não poderia matá-lo; se fosse de um **status** social inferior, poderia. Mas à mulher, sempre, ele poderia matar, e ele seria inimputável, excludente de punibilidade. Isso vigorou no Direito brasileiro até 1830.

Lembro-me de ter, nos bancos universitários, ao estudar Direito de família, observado que todos os teóricos do Direito privado criticavam o Código Civil de 1916, dizendo que o Código Civil de 1916 discriminava a mulher casada, porque a mulher casada, pelo Código de 1916, era considerada relativamente capaz. Foi só com o Estatuto da Mulher Casada, da década de sessenta, que se extinguiu esta **capitis deminutio**: a mulher, quando era solteira e maior, era capaz, e, quando se casava, tornava-se relativamente capaz.

Se fôssemos analisar as ordenações, que, em matéria civil, vigoraram até então, a situação da mulher casada e a da mulher solteira era ainda mais inferior. Quer dizer, houve já um avanço, embora a teoria jurídica posterior tenha negado, no Código Civil de 1916, assim como houve um avanço no Código Penal de 1830, muito embora ainda não levando a situação jurídica da mulher à equiparação com a do homem, é verdade, mas já avançando historicamente.

Dentre esses avanços, tivemos então o Código Penal de 1830; tivemos o Código Civil de 1916; o Estatuto da Mulher Casada, de 1962; tivemos alterações pontuais na legislação e tivemos, na Constituição de 1988, o ápice da igualdade entre o homem e a mulher. Mas é evidente que questões culturais e históricas não se mudam só com lei. É necessária uma política afirmativa, é necessário que o Estado proponha políticas públicas no sentido de transformar essa igualdade formal numa igualdade material.

Esta lei, a Lei Maria da Penha, que vem em boa hora garantir uma proteção maior à mulher no seio de sua família, além de constitucional, a meu ver, é extremamente necessária, porque é no seio da família que,

HC 106.212 / MS

infelizmente, se dão, no dia a dia da sociedade, as maiores violências e as maiores atrocidades. É lá que se forma a pessoa que se torna violenta no futuro, a criança que apanha, a criança que é maltratada, a criança que vê o pai ser violento com a sua mãe.

Se nós formos ao Código Civil, ainda há uma excrescência em vigor, Ministro Marco Aurélio, ao meu modo de ver, no art. 1638 – e, aqui, eu já saio do âmbito exclusivo da mulher e vou para o âmbito da família e da criança:

"Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I- castigar imoderadamente o filho."

A contrario sensu , permite-se castigar moderadamente; **a contrario sensu**, pode castigar moderadamente alguém indefeso. O mais vil dos criminosos, se tiver um processo e uma ação penal contra ele, terá direito a um advogado de defesa, que será por nós constituído, acaso não tenha constituído um por vontade própria. E essa criança? Ou a mulher, no seio familiar? Que defesa ela tem contra essa violência? Que advogado de defesa dativo ela tem? Que defensor público ela tem? Ela não tem. Ela não tem essa defesa, e é isso que gera a violência que nós vemos depois nas ruas; é isso que gera psicopatas futuros.

Bater em uma criança, bater no seu filho é torturar o seu filho. O mais vil dos criminosos, se confessa o crime sob tortura, o que nós fazemos aqui? Nós declaramos a invalidade e a nulidade da confissão, em razão da atrocidade que aquele adulto, por mais vil que seja, foi submetido. **E a lei brasileira permitimos que uma criança seja moderadamente castigada!**

E como definir o que vai além de uma palmada, o que vai além disso? Nós temos que extirpar isso da nossa cultura. A Lei Maria da Penha vem nessa política afirmativa, mas ela sozinha não basta. Não transfiram, senhores parlamentares e membros do Poder Executivo, exclusivamente ao Judiciário e ao Ministério Público a responsabilidade pelo combate à violência doméstica, por intermédio da criminalização. A

HC 106.212 / MS

criminalização pegará o residual. Ela vale como simbólico, como uma questão realmente sinalizadora para a sociedade, mas o importante, o mais importante e o mais eficaz são as políticas educativas cotidianas, a serem feitas pelo Estado brasileiro.

Nós temos que afirmar, cada vez mais, a necessidade de se pôr um fim à violência no seio familiar, e isso tem que ser estendido às crianças. Há projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional. Mas só a lei não basta. E aqui eu vejo que, na assistência, nós temos parlamentares, deputados federais, deputadas federais, senadoras da República, ministra de Estado.

Eu já disse, em entrevistas que tive oportunidade de conceder, que um dos grandes problemas do País é a violência no seio familiar. E, para combater essa violência, não basta só a lei criminalizadora, porque a lei criminalizadora vai atingir a exceção, vai penalizar o residual. São necessárias políticas públicas, especialmente políticas públicas de comunicação.

Com efeito, já tive a oportunidade de asseverar que é de todos conhecida uma marca de refrigerante que não fica um dia sequer sem que haja propaganda dela nos intervalos do horário nobre da televisão brasileira. Será porque gosta ela de gastar dinheiro com propaganda? As cervejas do País? Todos os dias nós ligamos a televisão e nós temos lá a propaganda da cerveja. Por que estas empresas todo dia veiculam propaganda? É porque elas gostam de gastar com propaganda? Não. É porque é necessário manter, para os fins comerciais dessas empresas, na mente das pessoas, que é bom tomar isso, que é bom tomar aquilo, na visão delas.

Pois bem, **as políticas públicas de Estado na área de comunicação em relação à violência contra a criança, à violência contra a mulher, à violência no seio da família deviam ser cotidianas e o tempo todo.** Eu não entendo essas campanhas que duram um mês, porque vamos ter o Dia Internacional da Mulher, ou porque vamos ter a semana das crianças em outubro. Aí, se faz uma campanha ou campanhas contra a violência no trânsito só nas épocas de festas de fim de ano ou de carnaval. Essas

HC 106.212 / MS

campanhas educativas têm que ser permanentes, senhoras parlamentares, senhores integrantes do Poder Executivo. Penso que não pode haver um dia em que as famílias brasileiras não vejam propagandas educativas e formativas.

Senhor Presidente, com essas considerações, acompanho o brilhante voto do eminente Relator.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, começo por dizer que entendo perfeitamente o constrangimento declarado pelo nosso nobre defensor, sempre presente, especialmente na Primeira Turma, porque se trata da defesa de uma tese da parte dele, que cumpre muitíssimo bem e o engrandece na sua função de defensor, mas que realmente representa uma dificuldade em face da realidade a que nós assistimos o tempo todo.

Eu diria, ao iniciar o meu voto, Ministro Dias Toffoli, que Vossa Excelência iniciou citando uma lei de 1830. E para nós, mulheres, juízas, advogadas, que não tenham profissão ou que tenham qualquer profissão, o triste é que aquela lei passou, mas a cultura social ainda não se transformou. O preconceito continua, o preconceito gera raiva, raiva gera violência. E essa violência de dentro de casa é muito pior, porque ela é silenciosa e ela não quebra - e talvez isso, neste *habeas corpus*, especificamente, se deixa apenas entrevê -, não é a carne de uma de nós, até porque, todas as vezes que uma de nós é atingida, todas as mulheres do mundo são. É a circunstância de que se quebra a psiquê de cada uma de nós. É a autoestima que vai abaixo, é esta mulher que não tem mais condições de cumprir o seu papel com a dignidade - estamos falando, na verdade, da dignidade humana.

E esses preconceitos dificultam muito a vida de todas nós, mulheres. Primeiro, porque o Direito não combate o preconceito - nem pode, nem tem como, o Direito combate a manifestação do preconceito. Qualquer uma de nós, mulheres - estamos aqui, neste Plenário, assentadas pelo menos três: a Ministra Ellen Gracie, a nossa Subprocuradora e eu mesma -, mesmo contra nós há preconceito. E o preconceito se passa no olhar da pessoa, no carro ao lado, quando uma de nós está no carro oficial, porque

HC 106.212 / MS

não se imagina que uma de nós possa ser titular do carro. E este olhar não vai mudar. Mas a manifestação do preconceito realmente são as políticas públicas e as leis como esta que podem mudar ou que podem fazer que a sociedade mude. Este preconceito gera vergonha. E, normalmente, a vergonha e o medo são, a meu ver, os piores fatores de enfraquecimento do ser humano e de afronta ao princípio da dignidade humana, porque temos que nos reconstruir, todos os dias, em face desses elementos.

Por isso, essa nossa trajetória de mulher objeto - que até a década de 60 e de 70 ainda se falava nisso -, a mulher sujeito de direitos. Realmente, foram lutas e conquistas que acabaram gerando leis como esta, no atendimento de princípios constitucionais, que fizeram com que houvesse mudanças significativas para se ter eficácia dos direitos constitucionais, já que o princípio da igualdade foi tão enfatizado - é o princípio mais vezes repetido na Constituição brasileira de 88.

Norberto Bobbio dizia que, no século XXI, o nosso problema - nosso que eu digo é de todo ser humano, de todas as sociedades - não era mais a da conquista de direitos, mas a de tornar efetivos os direitos que foram conquistados. Nós, mulheres, conquistamos, sim, direitos, mas a eficácia e a efetividade não apenas jurídicas, mas social dos direitos, ainda é um caminho longo a percorrer por todos os que passam - as chamadas minorias não numéricas, mas minorias de direito, e aí incluímos nós, as mulheres.

Penso que, neste caso, em que pese o brilhante trabalho da defensoria pública, realmente não há que se falar em inconstitucionalidade. Parece que fica claro - a Procuradoria deixou isso, o voto do eminente Relator - no sentido de que o artigo 41, que é aqui questionado, não apenas não desatende à Constituição, mas bem ao contrário, vem dando cumprimento à norma constitucional, especificamente ao § 8º do artigo 226, que protege não apenas a integridade física de uma pessoa, da mulher, mas a integridade física e

HC 106.212 / MS

moral da própria família. Porque é esta mulher quem vai educar o homem e a mulher de amanhã.

Na minha concepção do que seja igualdade - e aqui falo de uma igualdade que precisa ser transformada para chegar ao mesmo patamar de não apenas titularizar direitos iguais, mas de poder usufruir dos direitos de forma igual, com igualdade de oportunidades humanas -, eu acho que o que se fez aqui foi, em face da ineficácia das medidas adotadas o tempo todo, por até tentativas que foram feitas desde a década de 60, especialmente, no sentido de garantir a igualdade de direitos, acho que esta lei veio exatamente dotar de instrumentos que tornam eficazes as medidas que a Constituição estabeleceu. Essas medidas seriam providências estatais necessárias para que se pudesse realmente usufruir dos direitos em condições iguais, homens e mulheres, e livrar as mulheres, senão da violência que continua a acontecer, principalmente que pudessem fazer com que, ocorrida a violência, se desse uma resposta estatal pronta a esta violência que fica, muitas vezes, escondida.

Não apenas, a meu ver, a norma é constitucional, e, portanto, impõe-se a denegação da ordem, que é como eu voto. Eu diria que - quem conhece bem a realidade das mulheres sabe, e sabe bem, não apenas no Brasil, mas o que nos atinge, nossa responsabilidade constitucional, como julgadores, é com o Brasil e com as mulheres brasileiras - qualquer caminhada nossa, em qualquer lugar deste País, faz com que o que a gente vê ainda de violência contra a mulher, contra nós todas, ainda é de multiplicar muitas vezes as nossas dores.

São leis como essas, são medidas políticas estatais adotadas pelos Três Poderes, no caso, a lei, que fazem com que eu possa aplicar aqui o verso de Paulo Mendes Campos: "Que se multiplicou a minha dor ao saber de tantas dores de tantas mulheres". O fato de estarmos a julgar uma lei que dá exatamente instrumentos que possibilitam a igualação das

HC 106.212 / MS

mulheres e não apenas a igualdade, que é estática, mas a dinâmica da igualdade, multiplica muito a nossa esperança de que realmente tenhamos os direitos constitucionais das mulheres devidamente resguardados.

Por isso, Senhor Presidente, não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade, também denego o *habeas corpus*.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, quando o legislador ordinário definiu, no artigo 41 da Lei 11.340, que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher estavam fora do âmbito da Lei 9.099, na verdade fez uma opção legislativa, uma opção de política criminal perfeitamente consentânea com a Constituição Federal, como foi demonstrado à sociedade pelos Colegas que me precederam, especialmente porque deu cumprimento ao que se dispõe no artigo 226, § 8º, da Constituição.

O que fez o legislador ordinário no artigo 41? Retirou esse tipo de crime praticado contra a mulher no âmbito doméstico daquele rol de crimes considerados de menor potencial ofensivo. O legislador ordinário diz o seguinte: são crimes de maior potencial ofensivo, exatamente porque atingem um dos valores mais importantes da Constituição, que é justamente a proteção da família. O artigo 226, *caput*, diz: "*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*".

Por essas razões, Senhor Presidente, também indefiro a ordem.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Presidente, também não vejo nenhuma inconstitucionalidade na lei.

Em primeiro lugar, a exemplo do Ministro Lewandowski, entendo que a lei é uma opção de política criminal do legislador. Em segundo lugar, vejo que as previsões da lei buscam proteger e fomentar o desenvolvimento do núcleo familiar sem violência, impedindo que, sob o manto da família e da intimidade, seja imposta uma submissão física, econômica e psicológica à mulher com a consequente limitação da sua liberdade. Isto, sim, desconfigura o conceito de família, protegido constitucionalmente, e conduz ao surgimento de um núcleo social de poder patriarcal que se auto exclui da obediência ao ordenamento jurídico.

Não é outro o sentido do artigo 226, § 8º, da Constituição que estabelece:

"Art. 226.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

Por essas considerações, também, denego o **habeas corpus**, acompanhando o Relator.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, também, não consigo enxergar inconstitucionalidade no artigo 41 da lei agora adversada, a Lei Maria da Penha, seja sob o ângulo da igualdade, seja sob o ângulo da proporcionalidade.

Em rigor, estamos a apreciar o caso num contexto mais do que penal. Embora seja um **habeas corpus**, o contexto jurídico da questão é muito mais do que de Direito Penal ou de Direito Processual Penal, é rigorosamente de Direito Constitucional. A Constituição é especialmente zelosa no trato jurídico da condição feminina, mas para conferir à mulher uma superioridade jurídica, como uma forma de compensação das desvantagens históricas experimentadas pela mulher como espécie do gênero humano.

Na verdade, a matéria de proteção à mulher se inscreve no âmbito do que eu venho chamando - permito me referir à obra de doutrina "Teoria da Constituição", que escrevi em 2003 - de advento do constitucionalismo fraternal, que é um constitucionalismo diferente do social, porque não busca propriamente a inclusão social dessa ou daquela pessoa num plano econômico ou num plano cultural genérico. Não é isso. Busca a integração comunitária daquelas pessoas integrantes de segmentos historicamente desfavorecidos e até vilipendiados, como o segmento das mulheres, dos negros, dos homoafetivos, dos portadores de deficiência física, para ficar apenas nesses estamentos - chamemos assim.

A Constituição, desde o preâmbulo, fala da igualdade, mas na perspectiva da construção de uma sociedade fraterna. E o que é uma sociedade fraterna? É uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Depois, a Constituição, no artigo 3º, IV, ao falar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, proíbe expressamente a discriminação, o preconceito em função do sexo. E "sexo" aí não é

HC 106.212 / MS

aparelho genital, não é órgão sexual, é "sexo" no contexto daquela dicotomia básica entre homem e mulher. A Constituição faz uso do vocábulo "sexo" para dizer que não pode haver discriminação entre homem e mulher - discurso, aliás, normativo, que é repetido no artigo 5º, I:

"Art. 5º

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

Mas essa igualdade só interessa às mulheres, porque, para proclamar a igualdade dos homens, nunca houve necessidade nem de lei nem de constituição. No plano dos fatos, os homens sempre se comportaram como se superiores fossem, levando para o campo da honra ou para o campo da dignidade intrínseca a sua vistosa superioridade física. E a Constituição, em diversas passagens, vai falando da mulher no sentido superlativo, juridicamente superlativo, como forma de compensação das suas desvantagens no plano factual, mas não só factual, factual-histórico, numa renitência de patriarcalismo ou de machismo sul-americano, que toca as raias da brutalidade contra a mulher.

Daí porque já, no capítulo dos direitos sociais, a Constituição diz que a licença à gestante é de cento e vinte dias, e a licença ao homem é de oito dias, nos termos fixados em lei, quanto à licença paternidade. Depois, a Constituição, no inciso XX, do artigo 7º, diz que haverá:

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

Por quê? Porque, no mercado de trabalho, a mulher também é desfavorecida, seja quanto às oportunidades de ocupação de vaga, seja quanto à fixação do próprio salário. Então, para proteger o homem, nunca houve necessidade de lei, porque o que provoca instabilidade social, temerária, é a superioridade factual dos homens em relação às mulheres, inclusive no mercado de trabalho.

O Direito existe para quê? Para sanear ambientes instabilizados por efeito de desigualdades que persistem no tempo e com intensidade suficiente para provocar sérios ou temerários desequilíbrios. Essa

HC 106.212 / MS

pretensa superioridade masculina é que provoca desequilíbrios sociais a justificar respostas normativas compensatórias das mulheres. Então, sempre que a Constituição fala de igualdade de mulheres e homens, é aquele tipo de igualdade que se confere, por exemplo, ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo perante o Poder Executivo. Nunca houve necessidade de lei para proteger o Poder Executivo, só houve necessidade de lei e de Constituição para proteger o Legislativo e o Judiciário, porque o Executivo sempre foi o detentor da força policial, da força armada, do erário, detendo em suas mãos as chaves do cofre e das prisões. A mesma coisa acontece com as mulheres. Quando a Constituição também proíbe diferença de salário em função do sexo, está fazendo num contexto de proteção da mulher. Mesmo quando reduz em cinco anos a idade de aposentadoria das mulheres, a Constituição está fazendo justiça àquilo de que falou o Ministro Marco Aurélio, citando, apropriadamente, Rui Barbosa, o qual aperfeiçoou a máxima de Aristóteles, segundo a qual a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais. Mas Rui Barbosa foi além, dizendo que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, na medida em que se igualam, factualmente, e desigualmente os desiguais, na medida em que também, factualmente, se desigalam.

A Constituição, no próprio capítulo "Da família", volta a falar de igualdade, mas nesse contexto de preocupação com a promoção da mulher.

Diz a Constituição:

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

A quem interessa esse tipo de norma? À mulher, e não ao homem, porque o homem - volto a dizer - nunca precisou de proteção jurídica, as mulheres, sim.

Depois, a Constituição no § 8º, do artigo 226, diz:

"§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

HC 106.212 / MS

Ora, quem, historicamente, é vítima de violência nos ambientes domésticos? Os homens? As mulheres. E proteger as mulheres é mais do que proteger as mulheres, é proteger as crianças, com quem as mulheres têm muito mais afinidade, identidade, intensidade de afetos, comportando-se perante seus filhos como se eles fossem crias, e como se elas fossem verdadeiras lobas, como se diz, tradicionalmente, numa linguagem literária. As mulheres dão a vida pelos seus próprios filhos, sem qualquer pestanejamento, sem qualquer hesitação.

É curiosa essa discrepância entre a ordem social, desfavorecedora das mulheres, e a ordem divina - digamos assim -, porque salta aos olhos - para quem é criacionista, e eu sou criacionista - que a obra-prima da criação é a mulher. Daí se falar até de instinto maternal, e ninguém nunca falou de instinto paternal. As mulheres têm premonição. Deus, quando criou a mulher, não se permitiu terceirizar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Inclusive as mulheres suportam o que aponto como deformidade sublime, que é a gravidez, portando um ser. E, portar um ser é a grande compensação, além de ter-se a volta ao perfil primitivo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pois é.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, uso a palavra apenas para aditar o voto quanto à interpretação que empreendi. Precisamos afastar a incongruência que seria ter na lei especial a criação dos juizados específicos e cogitar da aplicação da Lei nº 9.099/95, olvidando, inclusive, a regra do artigo 4º, segundo a qual – um verdadeiro farol interpretativo, pedagógico –, na interpretação, serão considerados os fins sociais a que a lei se destina e especialmente as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

HC 106.212 / MS

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E, vias de fato consubstanciam violência contra a mulher.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - CANCELADO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Foi, exatamente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.096. O Plenário analisou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes previstos no Estatuto dos Idosos e deu interpretação conforme ao artigo 94 do Estatuto no sentido de que os crimes contra idosos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, somente se aplica a lei nos aspectos estritamente processuais - é a Lei nº 9.099 -, não se admitindo, em favor do autor do crime, a incidência de qualquer medida despenalizadora. Ou seja, o idoso seria beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não seria beneficiado com a eventual composição civil dos danos, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Senhor Presidente, então, em última análise, eu entendo que o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido do indeferimento do HC, está rigorosamente conforme a Constituição, e o artigo 41 da Lei Maria da Penha só merece da nossa parte louvores pela sua compatibilidade material com a Constituição brasileira.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, também gostaria de louvar o voto do eminente Relator e lembrar que, de fato, nós já tivemos outras manifestações. Foi citada a ADI da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se apontou que uma proteção reforçada a determinados valores previstos no texto constitucional não significa desigualdade ou mesmo violação ao princípio da proporcionalidade.

Lembrava a douta Vice-Procuradora Geral, que, neste tema, e nesses temas específicos, além da ideia da proporcionalidade, que nós temos discutido na dimensão da proibição do excesso legislativo, há também a outra dimensão: é a proibição da proteção insuficiente, a ideia da violação, exatamente, ao princípio da proibição da proteção insuficiente, que é a outra faceta dessa noção de proporcionalidade.

De um lado, nós temos a chamada proibição do excesso, o chamado *Übermassverbot*, e, do outro, a da proibição da proteção insuficiente ou a chamada *Untermassverbot*, e, aqui, então, nós temos a necessidade de medidas que, de fato, protejam as pessoas, eventualmente, que estão numa situação de possível diferenciada hipossuficiência. Nós já tivemos oportunidade de discutir essa matéria, no que dizia respeito a eventual benefício pretendido por autor de crime sexual contra menor, valendo-se da chamada união estável. Já tivemos oportunidade de discutir isso nessa dimensão.

Também aqui me parece legítimo que o legislador faça esse experimento institucional. O ideal até é que haja um acompanhamento para se verificar o resultado dessas providências ao longo do tempo, porque o que o legislador quer é, de fato, superar também um quadro deficiente no plano cultural. Nós vemos, inclusive, que – o Ministro Dias Toffoli lembrou bem toda essa evolução histórica –, no próprio universo mental masculino, muitas vezes, essas questões são tratadas de forma

HC 106.212 / MS

jocosa, pejorativa, sinalizando uma certa leniência com uma prática que realmente traduz uma deplorável violência, um deplorável aproveitamento de uma situação. A situação de domínio, muitas vezes, nós vemos no quadro hoje dominante, no quadro em que a mulher, às vezes, depende economicamente do homem e, por isso, não dispõe de condições de denunciar, de pedir auxílio. Nós vimos, não faz muito tempo, o relato de episódio – acho que ocorreu em Belo Horizonte – em que uma pessoa havia pedido proteção e, tempos depois – a Procuradora relatou isso –, essa sequência de atos culminou com o seu assassinato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Nesse campo, a reincidência é regra, não é exceção.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, em geral há um agravamento, e este caso, inclusive, indicava isso; foi um caso filmado pelas câmeras do local de trabalho da vítima, que culminou com o seu assassinato.

Então, é necessário, inclusive, que nós tenhamos presentes todos esses aspectos envolvidos nessa cultura altamente negativa de violência que contamina toda a família. Já o disse bem o Ministro Dias Toffoli que quem assiste à violência contra a mulher, a criança, certamente vai cultivar todos os seus traumas. De modo que talvez a própria Lei Maria da Penha merecesse realmente um acompanhamento quanto a sua aplicação. Significa dizer: Qual é o resultado que se obtém? Quantos são os casos? Hoje comemoramos – uma comemoração um tanto quanto macabra – o resultado positivo da denúncia, o fato de hoje já termos mais denúncias, até porque esses crimes em geral ficam cobertos por essa névoa, assumem esse caráter encoberto ou recôndito. Mas temos que trabalhar agora numa outra perspectiva, que é a de redução significativa desses casos, de mudança dessa cultura. E, nesse sentido, é evidente que não se pode dar um tratamento privilegiado, é diferente, inclusive, a ótica da Lei Maria da Penha e da Lei nº 9.099, são desideratos, *approaches*

HC 106.212 / MS

diferentes.

Com essas considerações, chamando a atenção, então, para esse aspecto, também acompanho e louvo o cuidadoso voto trazido por Sua Excelência, o Ministro Relator, e pelas manifestações que já se seguiram, ressaltando a necessidade de se fazer, realmente, um acompanhamento para se saber da efetividade da medida no tempo.

É muito comum, Ministra Ellen, nos Estados Unidos, por exemplo, aquela obrigatoriedade de se fazerem relatórios sobre os experimentos legislativos para que, de fato, se possam fazer no futuro os devidos aperfeiçoamentos. Aqui estamos diante de um caso, e hoje temos tantos grupos de trabalho, o próprio CNJ tem um grupo que se dedica a essa questão, desde a gestão de Vossa Excelência, que foi extremamente bem conduzido, à época, pela Conselheira Andréa Pachá, que pode subsidiar esse tipo de estudo e ajudar no aprimoramento deste diploma, que tem em vista não apenas coibir a violência contra a mulher, mas superar essa cultura negativa. De fato, é importante, então, que nós tenhamos esses aspectos todos em vista.

Presidente, um fato curioso: quando surgiu o debate sobre a constitucionalidade ou não da Lei Maria da Penha em seus diversos aspectos, nos visitava a presidente da Corte Constitucional Espanhola, Professora Maria Emília. Ela dizia que também lá se discutia a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, tendo em vista essa questão da isonomia. E acredito que lá, como aqui, há esses aspectos culturais relevantes que estão sendo agora levados em conta na afirmação da constitucionalidade da disposição.

Indefiro a ordem também.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, acompanho às inteiras o brilhante voto do eminente Relator e faço minhas as palavras de todos os Colegas que já se manifestaram. Verifico que este Tribunal compreendeu perfeitamente a extensão do problema que a Lei Maria da Penha veio tentar resolver.

A violência doméstica, Presidente, isso já o disseram os Colegas, muito bem, é sub-reportada. Os casos de que se toma conhecimento são apenas alguns, os casos que chegam aos tribunais são as exceções, de modo que é um problema muito mais amplo, muito mais profundo da sociedade brasileira.

À época em que eu estava no Conselho Nacional de Justiça – o Ministro Gilmar Mendes lembrou isso – foi a da edição da Lei Maria da Penha e, naquele exato momento, coube-nos dar um impulso, uma convocação aos tribunais de justiça de todo o País para que, desde logo, estabelecessem esses Juizados Especiais. É muito importante, Senhor Presidente, que haja não apenas uma bela lei, mas que essa lei seja efetiva, que seja aplicada, e seja aplicada nas condições que se exige.

Uma vara, para aplicação da Lei Maria da Penha, precisa estar equipada não apenas com o juiz, o promotor e um secretário, mas com psicólogos, assistentes sociais, ela precisa ter casas de apoio para encaminhar essas vítimas, precisa de toda uma infraestrutura para recolocá-las no mercado de trabalho ou treiná-las para que possam fugir da dependência econômica, que é, muitas vezes, a causa de sua submissão.

HC 106.212 / MS

De modo que eu fico hoje extremamente feliz. Congratulo-me de pertencer a esta Corte que compreende, com tanta adequação, a problemática que realmente enfrentamos, bem como que é preciso haver medidas muito concretas na direção dessa solução.

Senhor Presidente, não há também - passando para a análise jurídica - nenhuma inconstitucionalidade no artigo 41. Ele não faz outra coisa que não tornar efetiva a Lei Maria da Penha. E – talvez tentando já adiantar um pouco a pesquisa que o Ministro Gilmar Mendes sugere – tenho certeza de que a Secretaria de Políticas Especiais para Mulheres haverá de, no futuro, acompanhar esse trabalho, bem como todas as entidades femininas do País.

Senhor Presidente, Senhores Ministros, é preciso que diminua significativamente a cultura de violência doméstica. Que o empurrão na mulher – é o caso presente – não seja tratado como algo de somenos, ele não é um delito de menor gravidade, ele tem repercussões muito amplas e que vão além da vítima. Ele se reflete sobre toda família, ele gera violência, ele faz introjetar violência nas crianças daquele grupo familiar e reproduz essa violência no futuro.

Portanto, se nós queremos um País em paz, com boas condições de vida para sua população, e liberado desse fantasma, que a todos assombra, o da violência geral na nossa sociedade, precisamos começar tomando providências para que a violência doméstica seja reduzida o mais breve possível. Não é um problema só do Brasil, mas, no Brasil, ele alcança níveis muito preocupantes.

De modo que eu me congratulo com o Tribunal e acompanho o eminente Relator para denegar a ordem.

24/03/2011

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 106.212 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu também acompanho o eminente Relator.

Posta a questão do ponto de vista jurídico perante os artigos 98 e 5º, **caput**, da Constituição Federal, não posso deixar de observar, em primeiro lugar, que o artigo 98, I, não define o que sejam infrações penais de menor potencial ofensivo. Isso significa, portanto, que a lei infraconstitucional está autorizada a adotar tantos critérios quantos lhe pareçam convenientes do ponto de vista político-legislativo para definir o que seja infração de menor potencial ofensivo. Ou seja, não basta que uma lei, a partir do critério de pena máxima para certos tipos penais, considere como crimes de menor potencial ofensivo certos comportamentos, para que isso seja obrigatoriamente observado por todas as leis. É possível, como sucede no caso, que outra lei tome outro critério para discriminar, desse universo compreendido pelos comportamentos, cuja cominação de pena não atinja a esse máximo, alguns que não sejam considerados infrações de menor potencial ofensivo. Isso parece-me ter acontecido no caso em que esse artigo 41 deixou claro que tal norma não reputa de menor potencial ofensivo a violência específica contra a mulher no âmbito doméstico. E, a meu ver, fê-lo com inteira razão, porque levou em conta diversas peculiaridades que, para o estabelecimento do regime jurídico, a mulher enfrenta, sobretudo dentro do quadro amplo daquilo que podemos chamar de relação amorosa. E são particularidades de ordem conceitual e de ordem histórica.

Do ponto de vista conceitual - o Ministro Joaquim falou, e já foi bem observado por vários votos de maneira exaustiva -, a violência contra a mulher não é apenas a violência física, considerada assim de um ponto de vista estritamente limitado, é também violência, sobretudo, de caráter psicológico, extremamente grave, independentemente das suas

HC 106.212 / MS

repercussões de ordem familiar. Considerada apenas do ponto de vista da vítima, ela já é extremamente grave. Por quê? Porque a mulher, dentro desse quadro, apresenta como dado de realidade uma vulnerabilidade do ponto de vista psicológico, do ponto de vista psíquico, do ponto de vista físico, do ponto de vista material e do ponto de vista econômico, salvo raras exceções. Como a lei vem responder a uma situação de caráter geral, é esta situação que é levada em conta para a norma.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Se Vossa Excelência permite? A ênfase que Vossa Excelência coloca no aspecto da vulnerabilidade foi bem apanhada pela lei que, quando fala em violência doméstica, está se referindo à casa, digamos, ao lar. E, ali a mulher é mais desprotegida, porque está isolada com o seu agressor - a casa é o asilo inviolável do indivíduo -, ela não tem nem de quem se socorrer, e se submete à brutalização do agressor que, ao espancá-la, empurrá-la, agredi-la, incorre em suprema covardia e suprema desonra. Então, este aspecto da vulnerabilidade - de que fala Vossa Excelência com propriedade - foi bem considerado pelo artigo 41.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E a meu ver bastava o reconhecimento desta vulnerabilidade como dado da realidade social sob a qual incide a norma, para justificar que ela, absolutamente, não ofende em coisa alguma o princípio, o critério da igualdade.

Mas as razões não são apenas de ordem conceitual, em relação à natureza mesma e à repercussão desta violência à mulher, mas, também, são de ordem histórica. Por quê? Porque o que se verifica é uma inanidade - como bem relevou, com muita propriedade, a eminente Sub-Procuradora Geral -, perante a experiência normativa dos Juizados Especiais quanto à repressão da violência doméstica. Quase uma década esses crimes eram submetidos aos Juizados Especiais, dentro do regime previsto pela Lei nº 9.099, mas isso na prática se tornou, absolutamente, inútil e ineficaz, e exigia, portanto, do legislador, uma mudança ativa. Para quê? Para, superando a ineficácia dessa experiência normativa, adotar uma estratégia, que eu chamo de uma estratégia de reação quanto

HC 106.212 / MS

a preconceitos culturais, históricos e normativos contra a mulher.

Eu não preciso aqui fazer retrospecto histórico de tudo que a respeito conhecemos. Mas não posso deixar de fazer algumas referências - que me parecem até pitorescas - a partir de uma data relativamente próxima, que é do Direito Romano, em que se distinguia em relação à posse dos bens, o patrimônio; e, em relação às coisas domésticas, o matrimônio.

E mais, a mulher sempre foi, no Direito Romano, considerada como parte do patrimônio. Na grande família, comandada pelo **pater familias**, a mulher era equiparada, de certo modo, aos escravos, etc., a **res**, a coisa. E, de lá para cá, passando pelas nossas Ordenações, vamos lembrar apenas o que dispunha o nosso velho Código de 1916, que consagrou, textualmente, em diversas normas, o primado da superioridade masculina sobre a mulher. Eu relembro o artigo 240, em que a mulher assumia, pelo casamento, não apenas os apelidos do marido, obrigatoriamente, mas também a condição de companheira e de auxiliar nos encargos de família.

Pela Lei nº 4.121, que é 1962, a mulher durante o casamento continuava em situação de inferioridade em relação ao marido, que enfeixava aquilo que hoje conhecemos como autoridade parental, aquilo que o Código chamava de pátrio poder. E a mulher só podia exercê-lo com exclusividade no impedimento do marido etc. Mais do que isso, a mulher só podia praticar atos de comércio com autorização do marido - o Código era expresso em dizer que a mulher só estava autorizada a praticar certos atos jurídicos.

Noutras palavras, o que esta norma veio representar?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência me permite também, sem querer ser inoportuno? A mulher só ganhou o direito de votar em 1932.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Isso também eu ia anotar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E, em 1934, na Constituição. Pela primeira vez, uma Constituição falou do direito de

HC 106.212 / MS

voto da mulher. Somente em 1934.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Também tinha anotado aqui que, em relação aos eleitores, eram só os cidadãos maiores de 21 anos, proibido o alistamento dos mendigos e analfabetos. E era silencioso sobre a condição das mulheres. E mais: o art. 247 e outras normas, para demonstrar como realmente era a própria ordem jurídica que proclamava o estatuto da inferioridade feminina.

Essa norma está simplesmente, no curso do tempo, resgatando alguma coisa da dignidade do ser humano, da mulher, na igualdade intrínseca que tem em relação ao homem, como uma das medidas tendentes a protegê-la e a restituir-lhe a posição que realmente ela deve ocupar dentro da sociedade humana.

Razão pela qual, congratulando-me com todos os votos que ventilaram aspectos altamente relevantes da mesma questão, também acompanho o brilhante voto do eminente Relator.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 106.212

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : CEDENIR BALBE BERTOLINI

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu a ordem de *habeas corpus*. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 24.03.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário