

ATIVISMO JUDICIAL E A REDE DE PROTEÇÃO AS MULHERES JUDICIAL ACTIVISM AND THE WOMEN'S PROTECTION NETWORK

Elisa Oliveira¹
Juliana Bedin Grando²
Kristie Moraes Pereira³

RESUMO

O presente artigo busca construir um entendimento sobre o ativismo judicial como um mecanismo para fortalecer e garantir uma rede de proteção às mulheres. Para isso, utilizamos como recorte uma pesquisa bibliográfica, tendo como base a criação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Essa lei é considerada pela ONU como uma das mais eficazes do mundo, e foi criada para garantir direitos de proteção a todas as mulheres que sofrem a violência doméstica por questão de gênero. Quando o Poder Público é omissivo a estas demandas da sociedade, como o enfrentamento à agressão, ao assédio, e todas as formas de constrangimento, parte do Poder Judiciário incorporar o ativismo judicial, para que então, esses direitos sejam cumpridos e incorporados nas decisões.

Palavras-chaves: ativismo judicial, direitos da mulher, Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

This article seeks to build an understanding of judicial activism as a mechanism to strengthen and secure a network of women's protection. For this, we used as a clipping a bibliographical research, based on the creation of the Maria da Penha Law (Law nº 11.340 / 2006). This law is considered by the UN as one of the most effective in the world and was created to guarantee rights of protection for all women who suffer domestic violence on the basis of gender. When the government is silent on these demands of society, such as confronting aggression, harassment, and all forms of embarrassment, part of the judiciary incorporates judicial activism, so that these rights are fulfilled and incorporated into decisions.

Keywords: judicial activism, women's rights, Maria da Penha Law.

1 Introdução

O nosso Direito Positivo Brasileiro, por muitos anos, atribuiu a mulher um papel ínfimo em relação aos seus direitos como cidadã. Fazendo uma retrospectiva histórica, as mulheres tinham o papel do lar: não podiam estudar, não podiam sair sozinhas, não podiam divorciar-se, ter seu próprio negócio, etc. A “função feminina”

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga. Graduada em Jornalismo pela Universidade Feevale. elisajornalista@gmail.com

² Professora do Curso de Direito da Uri São Luiz Gonzaga. Doutoranda em Ciências Sociais pela UNISINOS. Mestre em Direitos Humanos. E-mail: juliana.bedin@yahoo.com.br. Membro do Grupo de Estudos Direitos, Transformação Social e universo plural da cidadania.

³ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga. kristie.moraes@gmail.com

era tão secundária, que elas não podiam votar – foi apenas em 1932, com o decreto nº 21.076, no Código Eleitoral Provisório do Governo Vargas, que o voto feminino foi parcialmente assegurado no Brasil. Através de uma grande luta nacional, que começou antes mesmo da proclamação da República, as mulheres casadas e com autorização do marido, ou as viúvas e solteiras com renda própria, puderam então, participar das escolhas de representantes do Legislativo e do Executivo.

O Juiz do Trabalho, Marco Aurélio Marsiglia Treviso (2008, p. 24), destaca que

O que se verifica, até este momento, é que a história da mulher no Direito, ou melhor, o lugar dado pelo Direito à mulher sempre foi considerado um “não lugar”. Isso demonstra que havia um perfeito paradoxo enraizado junto à sociedade, uma vez que a “presença” da mulher era, na verdade, a história de sua “ausência”, já que sempre foi tratada como uma pessoa subordinada ao marido, ao pai, sem direito de voz e, ainda, marcada pelo regime da incapacidade jurídica.

A evolução dos direitos das mulheres foi conquistada com muita mobilização. E apesar da intensa participação dessas mulheres durante períodos políticos importantes da história brasileira, como a Ditadura Militar e a abertura democrática através das Diretas Já, foi somente com a Constituição Federal de 1988, que a lei começou a trazer expressamente a previsão de igualdade de direitos e obrigações para homens e mulheres, tentando romper com o sistema patriarcal tão presente em nossas leis, e que submetiam a conduta da mulher ao consentimento do homem. Um exemplo tosco, e que muito povoou o imaginário dos tribunais do júri, era os crimes em “defesa da honra”, principalmente quando se referiam aos crimes passionais, quando ainda não tipificados como feminicídio.

A evolução dos direitos da mulher ao longo da história representa a própria evolução da mulher na sociedade. No Brasil, por mais de cinco séculos, desde as Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940, os únicos tipos penais destinados à proteção das vítimas mulheres eram os crimes sexuais. Contudo, o foco da proteção desses crimes não era exatamente a mulher, mas a honra da mulher e da sua família (FERNANDES, 2015, p. 5).

Analisando o Código Penal de 1940, há poucos anos ainda era possível a extinção da punibilidade do agente no caso de casamento com a vítima de estupro. Os incisos que previam essa possibilidade foram revogados somente em março de 2005, pela Lei nº 11.106, que trouxe uma importante alteração para as mulheres, que antes, não eram amparadas pelo Código Penal, simplesmente por não serem consideradas perante a sociedade como “mulheres honestas”. Esse papel, bastante desonesto e preconceituoso, atribuído às mulheres, fazia com que os crimes de violência sexual cometidos contra prostitutas e mulheres vistas como promíscuas, não tivessem uma proteção legal do Estado. Afinal, cabe ao Direito proteger a liberdade sexual da mulher e sua integridade física e moral, não as deixando

desassistidas, fazendo juízo de valor, e assim, excluindo e marginalizando um grupo de mulheres desfavorecidas.

Treviso (2008, p. 25) aponta que “quanto mais pobre e mais desfavorecida maior é a desigualdade que recai sobre a mulher”. Aqui se nota a importância do ativismo judicial, de instâncias do judiciário contempladas com mulheres em cargos centralizadores de direitos, que foi e ainda é fundamental, para que se garanta uma rede de proteção às mulheres, desde o acolhimento, até as sentenças condenatórias proferidas em todas as instâncias judiciais.

2 O ativismo judicial

Falar sobre o conceito de ativismo judicial, ainda é uma questão muito recente na academia, e que desperta muita desconfiança dentro do mundo jurídico, por coincidir com o tema da judicialização. O debate é moderado, tanto quando pensamos em doutrina, como quando nos referimos à jurisprudência. Não existe um consenso teórico quanto ao termo, por isso, o ativismo judicial é puramente visto como uma atitude, ou uma escolha do Poder Judiciário para interpretar a Constituição, de uma forma que amplie o seu sentido literal.

Existe uma diferença crucial entre ativismo judicial e judicialização, que é importante trazer à luz dos estudos. São duas expressões conhecidas e que são usadas de forma errada, como sinônimos. A primeira, o ativismo, é uma escolha do magistrado ou da Corte, que aplica nas suas decisões, os textos do Supremo, assegurando critérios menos rígidos de interpretação, mas que não fogem das garantias. Já a judicialização é uma decisão política e factual, interpretada de acordo com o Legislativo. Exatamente por esta perspectiva cruzada, que alguns juristas consideram o ativismo judicial como uma interferência entre Poderes.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso (2009, p. 3), aponta que a judicialização brotou de um modelo constitucional e não apenas do exercício de vontade política, tratando o tema desta forma:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a

escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Para aprofundar o debate deste artigo, vamos pensar que o ativismo judicial é um importante mecanismo para o avanço dos direitos fundamentais no Brasil, e principalmente, na proteção às mulheres. Mas isto não quer dizer que, o movimento não deva ser delimitado por algumas normas e também, de forma democrática. Sobre isso, diz Barroso (2009, p.7):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Ainda para Barroso (2009, p.7), a noção de ativismo judicial surgiu primeiramente na Suprema Corte Americana, ainda nas decisões sobre segregação racial, onde os debates e tribunais do júri eram acalorados e acompanhados de muita retórica. Desta forma, podemos observar que, na maioria das situações onde há um embate entre a classe política, a sociedade civil e a lei, as demandas sociais que não são atendidas efetivamente, ficam mais evidentes, necessitando de uma participação mais intensa e por isso, a interferência do judiciário se faz presente.

No Brasil, o ativismo judicial começou a surgir no período pós-ditadura, juntamente com a promulgação da Constituição de 1988 e a abertura democrática. Neste tempo, uma série de direitos individuais e sociais - antes cassados pelos militares - foram incorporados ao texto constitucional, dando amplo acesso à Justiça e, conseqüentemente, estendendo a atuação do Poder Judiciário para a solução de conflitos, antes travados pelo regime autoritário que o País atravessava.

A Constituição Federal de 1988, trouxe muitas discussões envolvendo magistrados e cientistas políticos. Quando pensamos na função específica do Poder Judiciário, focamos apenas na interpretação e respeito às leis, limitando essas atribuições ao serviço da norma. De forma simplificada, muitos juristas acreditam que devem trabalhar baseados somente nas legislações disponíveis, solucionando assim os conflitos. Porém, a importância do Poder Judiciário está além disso, já que ele tem o papel fundamental na garantia dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, resguardando as garantias da Constituição Federal. Um exemplo muito claro disso, é quando o poder público deve assegurar a distribuição de determinado medicamento, mas não se dispõe a fazer: o judiciário então, busca a garantia deste direito.

Ainda pela visão de Barroso (2009, p.15):

o ativismo judicial se manifesta por diversas condutas, como por exemplo: a aplicação direta da Constituição à situações não taxativamente previstas no texto e independentemente da manifestação do legislador originário; Declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislador seguindo critérios menos rígidos que os de visível violação ao Texto Magno; Imposição ao Poder Público com o fim de determinar certas condutas ou a abstenção delas, principalmente no campo das políticas públicas.

O que podemos extrair desses conceitos, é que o ativismo judicial exerce um papel produtivo diante dos tribunais, pois ele decide sobre as singularidades de um caso concreto, gerando precedentes jurisprudenciais ou até mesmo, antecipando a formulação de uma nova lei. É obrigação do poder público garantir recursos e políticas públicas que atendam as demandas da sociedade. Então, a postura do ativista é que irá concretizar o valor da norma, que irá garantir que esses direitos não sejam negados, conciliando as partes de forma ágil, não permitindo a omissão dos poderes. Exatamente por isso que, diante das necessidades da sociedade, onde a lei já não se mostra suficiente, chega o momento do ativismo judicial criar o Direito.

3 Rede de proteção à mulher: Lei Maria da Penha

O descaso dos poderes estatais é recorrente na sociedade. Como vimos no início deste artigo, a luta pelos direitos da mulher é de longa data, e conquistados

através de muito ativismo e pressão social. A criação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), foi resultante de uma intensa pressão social e jurídica para que a mulher não fosse mais vista como um objeto dentro do patriarcado e que tivesse autonomia de denunciar qualquer tipo de agressão sofrida pelos seus companheiros.

O padrão desigual patriarcal molda não só a forma como homens e mulheres se relacionam, mas também a elaboração e aplicação das leis. Esse padrão discriminatório incorporado na sociedade e na legislação começou a ser discutido graças às lutas dos movimentos feministas ao redor do mundo (FERNANDES, 2015, p. 40).

Quando não tínhamos a Lei Maria da Penha, o judiciário via os casos de violência doméstica como crimes de menor poder ofensivo, isto é, eles eram punidos apenas com o pagamento de cestas básicas ou multas. Foi preciso que, Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica brasileira, que no ano de 1983, sofreu diversas agressões do próprio marido. Foram duas tentativas de homicídio: a primeira, com um tiro de espingarda que a deixou paraplégica. Não satisfeito, numa próxima tentativa, seu companheiro tentou eletrocutá-la durante seu banho. Pouco se questionava o machismo e a sociedade patriarcal que colocava a mulher como um objeto de disposição do homem, naquela época, como questionamos agora.

Começava então, uma batalha judicial para que Maria da Penha pudesse sair de casa e também, para que seu agressor recebesse uma condenação. Durante este tempo, Maria da Penha buscou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, e em 2001, o Estado Brasileiro foi condenado por esta Comissão, por negligenciar, se omitir e tolerar a violência doméstica contra as mulheres. Apenas em 2002, isto é, 19 anos depois do fato, o processo penal entrou em finalização, com reparação simbólica à Maria pela omissão do Estado, já que o mesmo não ofereceu recursos adequados e muito menos políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica.

Apesar de termos, num contexto internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que formalizava os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, não existia no Brasil, uma lei específica para o enfrentamento da violência doméstica. Foi então, com a pressão social, aliada ao

caso Maria da Penha e o ativismo judicial, que o governo brasileiro se obrigou a criar um novo dispositivo legal que trouxesse uma resposta e conseqüentemente, a prevenção e punição da violência doméstica. A Lei n. 11.340, de agosto de 2006, é considerada um marco histórico na rede de proteção às mulheres, pois ela permite denunciar qualquer tipo de agressão sofrida, mesmo que elas não deixem marcas. Por isso, é considerada pela ONU como a terceira melhor lei contra violência doméstica do mundo, conforme consta no site do governo do Brasil (2017).

Essa construção social da lei é o início de uma rede de proteção às mulheres, porque busca evitar que se chegue a um resultado mais grave em relação a violência no âmbito familiar, que é o caso do homicídio por questão de gênero, definido por feminicídio. O caso Maria da Penha, que trouxe as primeiras tentativas de debate sobre questão de gênero, não foi uma coisa isolada. Muitas magistradas consideram que a lei apenas "formalizou" um grave problema da justiça brasileira e também da sociedade, machista como um todo: o sistema é conivente com crimes de violência doméstica, e muitas vezes, os dispositivos legais não são suficientes para a apuração e punição deste tipo de crime. Apesar da lei ser pioneira, ela é questionada quanto a proteção imediata das vítimas, pois na verdade, ela é apenas um papel que impede o agressor de se aproximar de sua presa.

Antes de 2006, todos os casos de violência doméstica eram julgados em juizados especiais criminais, de forma que, sem precedentes legítimos, acabavam arquivados. Por isso, muitas mulheres acabavam com medo de denunciar seus agressores. Além da falta de resposta e segurança do Estado, em sua maioria, as mulheres ainda são dependentes financeiramente do seu agressor, sendo assim, não possuem outro lugar para habitar, e se observava que as autoridades policiais eram coniventes, crendo que as denúncias eram apenas "brigas familiares".

É importante analisar as mudanças substanciais que a Lei Maria da Penha trouxe para o atendimento das vítimas de violência doméstica e familiar, pois antes da promulgação da lei, não havia uma norma específica na legislação pátria para tratar a questão da violência contra a mulher.

O site Observe (2017), do observatório Lei Maria da Penha, da Universidade Federal da Bahia (UFBA), traz um quadro comparativo muito

interessante, no qual trata dos aspectos fundamentais da lei e aponta as principais alterações no ordenamento jurídico brasileiro decorrente da lei Maria da Penha. Algumas alterações presentes no quadro disponibilizado pelo observatório:

Antes a violência era punida segundo a lei 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, juizados que só tratavam da parte criminal, ficando a cargo da mulher a resolução de outras questões, como, por exemplo, a guarda dos filhos, pensão. Aqui era permitida a aplicação de pena pecuniária, sendo que muitas vezes era a própria mulher quem entregava a intimação para o agressor comparecer às audiências e não havia previsão da prisão em flagrante do agressor, que podia continuar frequentando os mesmos lugares que a vítima.

Ao analisarmos os tópicos citados, é possível vislumbrar que a mulher estava em uma posição bastante desfavorecida. Havia uma dificuldade muito grande em denunciar seu agressor, pois não estavam previstas medidas protetivas que garantissem sua segurança após a denúncia, ou seja, o Estado não garantia a proteção dessas mulheres.

É possível vislumbrar, conforme o site Observe (2017), que com a chegada da Lei Maria da Penha muita coisa mudou, se antes poderia ser aplicada pena pecuniária, agora não mais. A lei retirou dos juizados a competência para julgar os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, proibindo que a mulher entregue a intimação ao agressor e possibilitando a prisão em flagrante e a prisão preventiva, dependendo do caso concreto. Definiu também uma limitação de distância mínima que o agressor pode manter da ofendida e de seus familiares, podendo inclusive proibir qualquer tipo de contato.

Considerações finais

Os principais aspectos positivos da Lei Maria da Penha foi a definição da violência doméstica e sua ampliação, abrangendo a violência moral e patrimonial. Um detalhe importante, que se refere a violência física em si, e que passou despercebido pelo legislador, foi a inclusão do feminicídio na lei, também não sendo estipulados, as consequências do descumprimento das medidas protetivas. O legislador foi omissivo ao não tratar dos instrumentos necessários que criem um verdadeiro mecanismo de proteção para a mulher vítima de violência doméstica.

Apesar das garantias que antes não existiam no ordenamento jurídico pátrio, a lei não opera como deveria. Atualmente, vemos no nosso cenário político uma onda de conservadorismo gritante, pois têm sido votados projetos de lei que retiram direitos conquistados com dificuldade pela mulher. Tem-se observado o interesse do Poder Legislativo em propor mecanismos que diminuam os direitos das mulheres, como por exemplo, o projeto de lei que está sendo votado e que criminaliza o aborto até em casos de estupro, ou seja, está ocorrendo um verdadeiro retrocesso nas leis que garantem os direitos da mulher, pois além da violação do estupro em si, os parlamentares votam para uma segunda violação do corpo e do estado psíquico da mulher, ao querer obrigá-la a gestar o sofrimento e violência vivenciado.

São em casos assim que se verifica a necessidade da interferência de poderes, pois se o Poder Legislativo não acompanha a evolução da sociedade e não dá uma resposta plausível para a população que depende do ordenamento jurídico para ter seus direitos garantidos, na letra da lei e na sua execução, cabe ao Poder Judiciário agir. É o ativismo judicial que possibilita essa ação, pois ainda há muito para melhorar em relação a proteção da mulher vítima da violência, em qualquer grau, que necessita de um suporte do Estado para que aquela violação acabe antes que seja apenas mais uma vítima do descaso do Poder Público, que criou uma norma muito bem escrita, muito elogiada, mas que na prática não funciona como deveria.

Para concluirmos, leva-se em consideração que o ativismo judicial é uma questão controversa, pois alguns juristas acreditam que a partir do momento em que um dos Poderes começa a interferir de maneira reiterada na esfera do outro, tem-se a preocupação da perda da harmonia e independência destes, prevista pela Constituição Federal. Apesar dessa visão bastante crítica, o ativismo judicial se faz necessário para garantia e efetividade de questões que não se fazem eficazes somente pela lei.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Temas de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, RJ: D.O.U de 31/12/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

_____. Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. **Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227 e 231 e acrescenta o art. 231-A ao Código Penal e dá outras providências.** Brasília, DF: D.O.U de 29/03/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Brasília, DF: D.O.U. de 07/08/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 02 de novembro de 2017.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOVERNO DO BRASIL. Cidadania e Justiça. **Lei Maria da Penha completa 11 anos com ações de combate à violência contra a mulher.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/lei-maria-da-penha-completa-11-anos-com-acoes-de-combate-a-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

OBSERVE. Observatório Lei Maria da Penha. **Aspectos fundamentais da Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.observe.ufba.br/lei_aspectos>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. **A discriminação de gênero e a proteção à mulher.** Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_77/Marco_Treviso.pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.