

A REPARAÇÃO DO DANO EM NÍVEL MORAL NA PRÁTICA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

THE REPAIR OF MORAL DAMAGE IN DOMESTIC VIOLENCE PRACTICE

Sarah Francine Schreiner*

Jorge Rafael Matos**

Milena Santos Oliveira***

Loacir Gschwendtner****

RESUMO

A proteção da mulher vítima de violência doméstica, enquanto questão de gênero, deve ser enfrentada apropriadamente, porque respaldada pela estrutura constitucional. Assim, a inquietude deste trabalho envolve os fundamentos constitucionais que justificam a aplicação da reparação moral devida à mulher em situação de violência doméstica. Os objetivos da pesquisa envolvem destacar a questão do gênero como direito fundamental, especificamente a proteção da mulher vítima de violência doméstica; identificar, a partir do entendimento recente do STJ, a violência contra a mulher como prática danosa passível de reparação moral; e catalogar os direitos fundamentais que orientaram julgados do Supremo Tribunal de Justiça. Para tanto, foi utilizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, especificamente acórdãos de dois recursos repetitivos do STJ de 2018. Como resultado, observou-se que a proteção da mulher vítima de violência doméstica ultrapassa a persecução penal e a reparação de danos está fundamentada em direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Lei Maria da Penha, Indenização

ABSTRACT

The protection of women victims of domestic violence as a gender issue must be faced properly, once is corroborated by the Constitutional structure. Thus, the work concern involves the constitutional foundations that justify the application of moral repair to the situation of domestic violence. The objectives of the investigation involves to punctuate the issue of gender as a fundamental right, specific to the protection of domestic violent women; To identify from the latest decisions of STJ, violence against women as a harmful practice subject to moral reparation; and catalog the fundamental rights that substantiated the court decisions. To this end, it was used the bibliographic and jurisprudential research, consisting of two repetitive STJ appeals of 2018. As a conclusion it was possible to observe that the protection of women victim of domestic violence goes beyond the criminal persecution and that the moral repair is substantiated in fundamental rights.

Key words: Human Rights, Civil Rights, Maria da Penha Law, Compensation

* Advogada, professora da Univille Campus São Bento do Sul – SC, mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas – PUC-PR, participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH da Univille-SBS. Brasil. E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br.

** Advogado, professor da Univille Campus São Bento do Sul – SC, mestrando em Direito – UNIBRASIL. E-mail: jorgerafaelmatos@gmail.com.

*** Graduanda em Direito pela Univille Campus São Bento do Sul – SC, participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos NEADH da Univille-SBS. E-mail: milena_santosoliveira@yahoo.com.

**** Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALi)

INTRODUÇÃO

A realidade brasileira em relação à violência de gênero experimentada pela mulher, principalmente nas relações domésticas de convivência, demanda um cuidado especial do tema, de forma que a legislação tratou, desde a égide da *Lei Maria da Penha*, de capacitar os meios jurídicos uma forma de enfrentamento à questão.

O advento desta legislação não coibiu a prática da violência, contudo, proporcionou caminhos para a denúncia de sua ocorrência e verificação da dimensão das práticas comprometedoras da dignidade da mulher, proporcionando meios para sua proteção.

A Lei Maria da Penha reflete a preocupação legislativa no enfrentamento da violência contra a mulher em sua condição de gênero. Neste âmbito, pode-se destacar duas importantes inovações. Instituiu a impossibilidade de tratamento da lesão corporal leve praticada em âmbito doméstico como sendo de menor potencial ofensivo, bem como a qualificadora do feminicídio junto ao Código Penal.

Observa-se que a proteção legislativa para a igualdade de gênero se iniciou no âmbito penal. Contudo, ao longo deste trabalho, se analisa que a estrutura constitucional permite desenvolver outros mecanismos para a guarida dos direitos de vulneráveis.

A delimitação temática do estudo se desenvolve levando em conta os direitos humanos, num âmbito internacional e nacional, e a implementação destes direitos enquanto fundamentais, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹. Esta, além de determinar a igualdade entre as pessoas – de onde se extrai a justificativa para a especial proteção da mulher que sofre violência por conta de sua condição de gênero -, ressalva o direito à reparação do dano, ainda que exclusivamente moral.

Logo, a prática de violência gera dano na vítima. E, portanto, a existência deste dano demanda reparação. Isso porque a questão que leva ao enfrentamento da violência de gênero perpassa os conteúdos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sendo elevada a proteção da mulher a esta categoria, de forma que, da violência por ela sofrida, é possível a busca pela reparação do dano causado, este em nível moral.

Desta forma, a inquietude que impulsiona esta investigação apresenta-se pelo questionamento de quais

fundamentos constitucionais justificam a reparação moral pela violência sofrida pela mulher no âmbito doméstico, sendo observado como parâmetro de resposta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça².

Recentemente, o STJ, em razão da grande quantidade de recursos relacionados à possibilidade de aplicação de indenização ao dano sofrido pela mulher em nível moral, por conta da prática de violência empregada contra ela, dentro do processo penal que apura a conduta criminal do agressor, resolveu, a questão em dois recursos repetitivos de mesmo teor resolutivo, referentes ao ano de 2018 (‘Recurso Especial n. 1.675.874 - MS (2017/0140304-3)’ e ‘Recurso Especial n. 1.643.051 - MS (2016/0325967-4)’).

Estes recursos foram selecionados para fornecer os dados desta investigação, que segue o método da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a partir de consulta de jurisprudência no site do STJ, usando para a busca as expressões “dano moral” e “violência contra a mulher”.

A fim de melhor delinear este estudo, vale registrar que os objetivos da investigação consideram destacar a natureza de direito fundamental que envolve a questão de gênero, especificamente a proteção da mulher vítima de violência doméstica, e identificar, a partir do entendimento recente do STJ, a violência contra a mulher como prática danosa passível de reparação moral, sem prejuízo de catalogar os direitos fundamentais que orientaram os acórdãos nos recursos repetitivos n. 2017/0140304-3 e n. 2016/0325967-4 do STJ.

A IGUALDADE DE GÊNERO E A LEI MARIA DA PENHA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A história do Estado Democrático de Direito confunde-se com a história dos Direitos Humanos. Isto porque os Estados vêm incorporando às suas constituições direitos humanos internacionalmente reconhecidos, na forma de direitos fundamentais. Pretende-se assim, fornecer proteção mais eficaz a direitos básicos, bem como, fortalecer suas democracias.

Segundo Alexy (2003), os direitos fundamentais garantem que todas as pessoas possam exercer igualmente seus direitos, de forma a manter as condições do

¹ Será referenciada como CRFB/88.

² A partir de agora chamado de STJ.

processo democrático. Dessa forma, define-se direitos fundamentais como “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados” (SARLET, 2017, p. 321).

De acordo com Sarlet (2015, p. 75-76):

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo (...). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Nesse sentido, ao longo dos anos a igualdade de gênero com relação aos direitos das mulheres foi ganhando destaque como direito fundamental. “De acordo com a Declaração de Viena, a violência contra a mulher infringe os direitos humanos de metade da humanidade e se realiza geralmente na esfera privada, notadamente, a doméstica” (BARRETTO, 2010, p. 18).

Ainda no âmbito internacional, vários documentos abordam a necessidade de um tratamento mais igualitário entre homens e mulheres. É possível citar, nesse sentido, a *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* e a *Convenção de Belém do Pará*, ambas ratificadas pelo Estado Brasileiro, o qual se comprometeu a adotar medidas de proteção com relação à mulher e promover práticas de tolerância com relação à discriminação de gênero.

Ademais, é visível a natureza de direito fundamental que envolve a questão de gênero na CRFB/88. Logo em seu título II, intitulado “Direitos e Garantias Fundamentais”, o artigo 5º, *caput*, e inciso I, dispõem que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (...), e “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Canotilho (2018), ao analisar o princípio da igualdade entre os gêneros, explica que a introdução desse dispositivo não é meramente uma igualdade legislativa, mas sim, impõe, constitucionalmente, ao Estado, a eliminação das desigualdades materiais e formais através da ação explícita do Estado. O tratamento igualitário previsto neste artigo 5º constitucional, pressupõe que o Estado “poderá e, em alguns contextos, até deverá realizar distinções, quando elas

forem necessárias à proteção do direito fundamental à igualdade material” (CANOTILHO, 2018, p. 226).

Importante destacar que a igualdade formal prevista na Constituição Federal não é suficiente para, na realidade, impedir as desigualdades entre homens e mulheres.

Quando se defende apenas a igualdade formal, acaba-se endossando a ideia de que todos são iguais perante a lei, havendo uma norma para regular todos da mesma maneira, e as desigualdades daí devem ser aceitas. Quem considera a igualdade formal como insuficiente e postula a igualdade material, entende que a lei deve conferir um tratamento diferenciado para quem está em alguma situação de desvantagem ou de vulnerabilidade (OUTEIRO *et al*, 2016, p. 63).

Dessa forma, o princípio da isonomia, ou igualdade material, deve orientar as legislações infraconstitucionais. “O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinohar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais” (BULOS, 2002, p. 79).

Nesse sentido:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (MORAES, 2017, p. 48)

A realidade é que a mulher, durante muito tempo, foi tratada de forma secundária e até os dias atuais enfrenta desafios para alcançar as mesmas condições com relação aos homens. Mesmo com a equiparação entre o homem e a mulher proclamada de modo tão enfático pela Constituição, a ideologia patriarcal ainda existe. “Um país que auto se declara democrático, (...) não pode quedar-se alheio ao fenômeno da desigualdade histórica, social e jurídica de que foram alvo as mulheres” (BARRETO, 2010, p. 2).

Em atenção a essas diferenças, a CRFB/88 preveu alguns dispositivos com o objetivo de promover a igualdade material das mulheres. A *Lei Maria da Penha* (11.340/06) encontra respaldo não apenas nesse direito de igualdade defendido na CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso I, e também no artigo 226, parágrafo 8º, que dispõe: “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”.

Acerca do artigo 226 da CRFB/88, disserta Barreto (2010, p. 8):

Esse artigo representou uma grande mudança na legislação brasileira no que diz respeito à violência doméstica, que pela primeira vez recebeu atenção e tutela constitucional, passando a ser de responsabilidade pública a criação de mecanismos para coibir e erradicar a violência doméstica no Brasil.

A lei 11.340/06 é o marco inicial para as estratégias políticas de enfrentamento e superação das desigualdades de gênero, por meio da materialização ou concretização desses direitos (BARRETO, 2010). Esta legislação, “ao promover o princípio da igualdade, desiguala para alcançar a igualdade material, ao reconhecer que há uma categoria de pessoas mais vulneráveis (...), que precisam de maior proteção pela sua hipossuficiência” (LADEIRA, et al, 2016, p. 4).

A violação contra os direitos das mulheres é uma violação aos direitos humanos, e a *Lei Maria da Penha*, portanto, implementa um direito fundamental por si só, uma vez que diminui a desigualdade entre homens e mulheres no âmbito doméstico, promovendo a igualdade também materialmente, e fortalecendo o direito fundamental de igualdade entre os gêneros.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COMO ATO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO CIVIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Vigente no Brasil desde 2006, a *Lei Maria da Penha*, a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, “foi fundamental para a inserção no sistema de Justiça Criminal, buscando coibir e punir os(as) responsáveis pela agressão, mas o fenômeno a ser combatido é a violência de gênero” (POUGY, 2010, p. 78).

Vale registrar que a violência doméstica apresenta peculiaridades, se referindo a:

[...] toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de um membro da família. Pode ser cometida dentro e fora de casa, por qualquer integrante da família que esteja em relação de poder com a pessoa agredida. Inclui também as pessoas que estão exercendo a função de pai ou mãe, mesmo sem laços de sangue. (DAY, 2003, p. 2)

Em relação à violência doméstica experimentada pela mulher, dentre as diversas formas existentes, destacam-se a violência física e psicológica, que se elevam à categoria de crime ao se conectar, por exemplo, aos tipos penais de lesão corporal (especificamente ao artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal), e aos tipos penais dos delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria, artigos 138 a 140 do Código Penal).

Porém, com toda esta proteção jurídica, a qual garante a proibição de práticas violentas nos mais distintos ambientes, sob a ameaça de penalidade de prisão, a violência contra as mulheres ainda é muito comum, em especial a violência doméstica. Sendo que “A violência contra a mulher foi reconhecida como um problema de saúde pública, na última década” (SCHRAIBER, 2007, p. 360).

No Brasil, mesmo havendo legislação específica acerca da proteção da mulher - valendo registrar também a implementação da qualificadora do feminicídio no delito de homicídio praticado contra a mulher pela condição de gênero ou nas relações domésticas de convivência -, apresentando cuidados notadamente no âmbito penal, os números de casos ainda são alarmantes e demonstram que ainda há muito a ser feito.

De acordo com dados do Atlas da Violência (2018), 4.645 mulheres foram assassinadas no país no ano de 2016, revelando uma taxa de 4,5 homicídios para cada cem mil brasileiras. Mais grave que esta taxa de homicídios esta a análise estatística da mesma pesquisa que dá conta que, em dez anos, observou-se um aumento de 6,4% nesta taxa de assassinatos.

Ainda, pesquisa realizada pelo Senado Federal, e divulgada em 2016, o número de atendimento de mulheres vítimas de violência aumentou significativamente de 2014 para 2015:

No que diz respeito aos relatos de violência registrados pelo Ligue 180, serviço oferecido pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM/PR), de acordo com o Balanço 2015 – Ligue 1804, foram realizados 749.024 atendimentos em 2015, em comparação a 485.105 atendimentos realizados em 2014. Dentre os atendimentos realizados em 2015, cerca de 10% (76.651) se referiram a relatos de violência contra as mulheres. Destes relatos de violência, 50,16% corresponderam a violência física; 30,33%, a violência psicológica; 7,25%, a violência moral; 2,10%, a violência patrimonial; 4,54%, a violência sexual; 5,17%, a cárcere privado; e 0,46%, a tráfico de pessoas. (OBSERVATÓRIO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, 2016)

Ao mesmo tempo, o artigo 105 da CRFB/88 traz insculpido a competência do STJ para análise de Recurso Especial em que a decisão anteriormente proferida contraria lei federal ou dá interpretação divergente de outros tribunais de lei federal (art. 105, inc. III, alíneas ‘a’ e ‘c’ CRFB/88¹). Assim, é que surge o papel desempenhado pelo STJ na pacificação da jurisprudência nacional no âmbito da aplicação das leis federais.

Para perquirir os objetivos deste estudo, considerou-se apenas os Recursos Repetitivos do ano de 2018, os quais continham as expressões “dano moral” e “violência contra a mulher”, de forma que far-se-á a análise dos Recursos ‘Recurso Especial n. 1.675.874 - MS (2017/0140304-3)’ e ‘Recurso Especial n. 1.643.051 - MS (2016/0325967-4)’.

Se extrai da leitura de ambos os acórdãos:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL

¹Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

(...)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

PROVIDO. (REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018) e (REsp 1675874/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)

Observa-se que o STJ reconheceu nestes acórdãos que a violência doméstica gera um dano moral inerente à sua natureza, que ocorre no seio familiar e muitas vezes longe de testemunhas.

Como um dos alicerces para essa decisão foi elencado que é necessário ‘refutar com veemência’ a violência contra as mulheres e isso significa defender sua liberdade e criar mecanismos para o seu fortalecimento. Isso pode ser feito com a ampliação da proteção jurídica dispensada e otimizando-se instrumentos normativos que de alguma forma compensem ou atenuem os malefícios da violência sofrida pela condição feminina (STJ, RE 1. 643.051MS, p. 3).

Ainda na leitura da Corte Superior, entende-se que houve uma evolução legislativa no sentido de valorização e legitimação da vítima. Fonte dessa alteração deve-se em especial a *Lei Maria da Penha* que introduziu mecanismos de reforma em diversas leis, mas em especial no âmbito de proteção.

Nessa linha reconheceu-se que a condenação do agressor no pagamento de uma indenização monetária à vítima é manobra vigorosa de desestímulo, tanto para quem realizou o ato, bem como para os demais que ainda não vislumbram o grau de reprovabilidade da conduta.

Todavia, o ponto nevrálgico da decisão se re-clina quanto à concessão de uma indenização pelo sofrimento moral sem que haja, dentro do processo, uma aferição da extensão do dano. Isso significa dizer que não é mais ônus da vítima provar seu grau de sofrimento e humilhação experimentados por conta dos atos de outrem.

A humilhação, a dor moral, a mácula aos conceitos de dignidade, de valor perante a sociedade, são, de fato, de difícil ou impossível mensuração; todavia, decorrem, inequivocamente, da situação de quem é vítima de uma agressão, verbal, física ou psicológica, na condição de mulher. (STJ, RE 1. 643.051MS, p. 16)

E por isso, pela compreensão que a própria violência sofrida pela simples condição de sexo feminino gera abalo moral e psíquico é que deve ser implementada a indenização.

Insta frisar que a concessão de indenização moral decorrente de violência doméstica não mais precisa ser efetuada em processo autônomo. Para tanto inovou a *Lei Maria da Penha* ao dispor em seu artigo 1º que são estabelecidas medidas de assistência e proteção às mulheres vítimas de violência doméstica.

Nessa toada, no ano de 2008 houve alteração do Código de Processo Penal, o qual passou a contemplar:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Ou seja, no mesmo processo de natureza criminal no qual o acusado sofre as penalidades criminais do seu ato, o juiz irá fixar o valor mínimo de reparação pelos danos causados.

E tal caminho vem sendo reiteradamente acolhido por esta Corte Superior, ao admitir, tanto a fixação de danos morais na sentença penal condenatória, como a dispensa da exigência de quantificação do montante pretendido por ocasião do pedido, até mesmo para se evitar o desvirtuamento da finalidade precípua da ação penal, que diz respeito a elucidação da infração penal propriamente dita. (STJ, RE 1. 643.051MS, p. 7)

Imperativo destacar que não há flexibilização ou diminuição nas garantias processuais conferidas constitucionalmente ao acusado, pois “O que se há de exigir como prova, mediante o respeito às regras do devido processo penal – notadamente as que derivam dos princípios do contraditório e da ampla defesa –, é a própria imputação criminosa” (STJ, RE 1. 643.051MS, p.17).

Então resta claro que é necessário conteúdo probatório mínimo para a condenação do agressor na esfera criminal, contudo o reconhecimento do cometimento de crime de violência contra a mulher, por si só, gera a indenização no espectro moral.

De outro tanto, ficou consignado que a concessão da indenização moral por juízo único, qual seja o próprio juízo criminal, necessita apenas de pedido vindo na denúncia efetuada pelo Ministério Público. Para tanto, havendo pedido expresso de fixação de indenização por dano moral, bem assim como incontroversa a prática de violência no âmbito doméstico e familiar é arbitrado valor a título de danos morais,

com fulcro no art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal (STJ, RE 1. 643.051MS, p. 7).

Ainda no raciocínio desenvolvido a partir das alterações produzidas pela Lei Maria da Penha (Lei 11. 340/06) foi pacificado o entendimento de que não há necessidade do pedido inicial de condenação pelos danos morais sofridos pela vítima tenha uma expressão numérica, indicando assim o *quantum* a ser conferido a título de indenização.

Nesse ponto, entendo, pois, que o pedido expresso por parte do Ministério Público ou da ofendida, na exordial acusatória, é, de fato, suficiente, ainda que desprovido de indicação do seu quantum, de sorte a permitir ao juízo sentenciante fixar o valor mínimo a título de reparação pelos danos morais, sem prejuízo, evidentemente, de que a pessoa interessada promova, no juízo cível, pedido complementar, onde, então, será necessário produzir prova para a demonstração do valor dos danos sofridos. (STJ, RE 1. 643.051MS, p. 15)

Fica a cargo do juiz sentenciante fixar um valor considerado mínimo de indenização, de acordo com os elementos de prova indiretamente colhidos durante a instrução processual. Isso também significa dizer que não há óbice de persecução civil para reparação dos danos experimentados pela vítima, eis que a indenização em juízo único é ‘mínima’ e de caráter ‘moral’.

Então, pode ainda ser objeto de discussão no juízo civil a mensuração da lesão moral sofrida, vez que a indenização foi mínima. Da mesma forma pode ocorrer a análise quanto aos danos materiais, danos estéticos e até mesmo lucro cessantes que a prática criminosa possa ter gerado. O reconhecimento no âmbito criminal não impede qualquer destas análises pelo juízo competente.

Por fim, cabe destacar que ambos os recursos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça deram ensejo ao nascimento do Tema 983 que fixou a seguinte tese:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Conforme a legislação processual vigente com base no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, após a análise de um recurso repetitivo ao qual é

fixado o tema, todos os demais processos terão a mesma deliberação¹.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DESTACADOS PELA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir da complexa decisão do STJ, a qual fixou a tese do tema 983 fica pacífica a garantia de indenização mínima à ofendida que é vítima de violência doméstica do âmbito familiar.

Porém, cabe destacar, que essa guinada jurisprudencial não nasce sem bases concretas no mundo do direito. Como bem esclarecido, a fixação do ponto se deu com base na evolução jurisprudencial, mas sobretudo no destaque legislativo que foi imprimido à questão.

A *Lei Maria da Penha* foi de relevância ímpar para a sociedade brasileira. Demonstrou-se que a violência de gênero não é tolerada pela sociedade, sendo que “esta lei veio para ficar e mudar a vida de muitas mulheres” (CALANZANS, 2011, p. 63).

Todavia este dispositivo legal não surgiu por ativismo parlamentar, mas por duas alterações ocorridas no Estado Brasileiro. Primeiro a CRFB/88 inculpiu direitos fundamentais que devem ser protegidos sob todo e qualquer aspecto. E também porque o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos a desenvolver legislação específica de proteção às mulheres.

Neste último ponto, tem-se que:

Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1 do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. (CIDH, Caso 12.051)

Ou seja, a Corte Interamericana destacou que o Estado Brasileiro foi o responsável por violações de direitos às garantias judiciais que, além de constarem no Pacto de San José da Costa Rica, também integram a Constituição Brasileira.

Desta feita, a implementação da *Lei Maria da Penha*, além de obrigação formal de condenação sofrida, também se revestiu de concretização da própria legislação interna. Essa análise pode ser feita a partir dos casos acima analisados oriundos do STJ e que destacam:

O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “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” (art. 226, § 8º) (STJ, RE 1.675.874 - MS (2017/0140304-3), p. 1)

Então, como ponto final de discussão, analisar-se-á neste trabalho o papel dos direitos fundamentais listados pelo Superior Tribunal de Justiça e que deram suporte para a indenização à mulher vítima de violência doméstica.

Como já destacado na primeira parte do trabalho, a discussão da questão de violência de gênero é amparada pelos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, vinculados a um sistema internacional de direitos humanos.

Da leitura dos Recursos Repetitivos do STJ, observa-se que foram destacados os seguintes direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III), da igualdade (CRFB/88, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CRFB/88, art. 5º, XLI), bem como o contido no art. 226, §8º da CRFB/88 sobre a assistência à família para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Quanto à dignidade da pessoa humana observa-se que sua primeira aparição como norma positivada foi na Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (SILVA, 1998, p. 89). Porém, o conceito sobre esse princípio é deveras penoso de ser sintetizado. Pode-se observá-lo sobre o aspecto da *intangibilidade da vida humana* que remete ao respeito à integridade físico-psíquica, pela proibição à pena de morte e que, por ser direito fundamental, não comporta exceção. (AZEVEDO, 2001, p. 117-118). Ainda nesta esteira, vislumbra-se que a partir deste conceito surgem novos deveres:

Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na

¹http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos

esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa. (SARLET, 2012, p. 35)

Ou seja, este direito fundamental deve ser exercitado e protegido sempre. Pelo Estado e por seus cidadãos, reconhecendo-se que esta obrigação não é única ou singular.

Todavia, cabe ressaltar que não são os ordenamentos jurídicos que concedem dignidade, mas apenas a reconhecem como elemento essencial da construção do universo jurídico (SARLET, 1998, p. 20). Tanto é que:

Embora haja uma preocupação significativa com os direitos fundamentais no Brasil e com a valorização da dignidade da pessoa humana, na medida em que estão tutelados e declarados no Texto Constitucional, infelizmente observa-se a violação contínua dos referidos direitos e o aviltamento da dignidade humana. (SIDNEY, 2006, p. 384)

Observa-se assim que a decisão proferida nos Recursos Repetitivos em análise, vão ao encontro do texto constitucional e da doutrina pátria no sentido de garantir proteção aos direitos fundamentais, e em especial, conferir efetividade de sua aplicação para os cidadãos brasileiros.

E tanto são necessárias decisões desse porte, no sentido de garantir a concretização destes direitos fundamentais, vez que:

A Carta de 1988 apregoa, a partir do seu “Preâmbulo” e com continuidade no exposto nos demais títulos e capítulos que a compõem, mensagens imperativas contendo propósitos de homenagem à instituição de um Estado democrático, com finalidade primordial voltada para a proteção dos direitos sociais e individuais, tendo como centro maior a valorização da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade, da justiça, tudo endereçado a que seja alcançado um estágio representativo de absoluta eficácia e efetividade da dignidade humana. (AWAD, 2006, p. 117)

No tocante à igualdade pode-se observá-la sob dois aspectos: a igualdade jurídica (formal) ou a igualdade fática (material). Na primeira, o Estado se vê obrigado a simplesmente garantir que existam condições iguais para todos no plano normativo (o que vem esculpido no *caput* do art. 5º da CF). Contudo,

tem-se que as decisões sob análise visam garantir a igualdade fática, que permite um tratamento desigual ante uma condição fática desigual.

Ocorre que:

Se se estende o princípio da igualdade tanto à igualdade jurídica como à fática, então topa-se forçosamente com esse paradoxo da igualdade. O paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais intensamente quanto mais é realizado em Estado social. (ALEXY, 1999, p. 70)

Ora, a colisão de direitos fundamentais tem-se quando o exercício de determinado direito obstaculiza que outrem exerça um outro direito fundamental, sendo irrelevante a coincidência destes direitos (CLEVÊ; FREIRE, 2015, p. 31).

Nessa toada, percebe-se que as decisões analisadas debatem a ocorrência desse conflito. De um lado o direito ao acusado de ter ampla defesa e contraditório, e de outro, o direito da vítima de ter reconhecido que a violência doméstica lhe gera um dano moral.

Tanto é que ficou consignado que necessariamente deve existir requerimento na inicial acusatória por parte do Ministério Público ou então pela própria vítima, quanto à condenação em danos morais. Isso visa garantir o direito fundamental à igualdade, pois então o acusado terá também a oportunidade de se defender quanto a este pedido, seja trazendo elementos de não culpabilidade, seja carreando aos autos componentes de sua capacidade financeira.

Ocorre que da mesma forma, as decisões respeitam a igualdade fática da vítima ao, primeiramente reconhecê-la como ser hipossuficiente na relação, e depois ao determinar que a indenização fixada pelo juízo criminal seja considerada mínima.

A fixação de valor mínimo dá a possibilidade jurídica e prática de a própria ofendida ingressar no juízo cível competente a fim de cobrar a reparação tanto moral, como material e até mesmo estética, e ainda comprovar a extensão da lesão, levando elementos necessários para o juiz aquilatar em expressão monetária o ressarcimento devido, em complementação à indenização já fixada em âmbito penal.

Como terceiro direito fundamental elencado nos vereditos em análise encontra-se a vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, sendo que sua utilização é de extrema importância para a concretização democrática e constitucional destes direitos.

Observa-se que a jurisprudência pátria utiliza regularmente este dispositivo constitucional para reforçar direitos de várias áreas, como trabalhista, civil e penal. Como exemplo, alguns julgamentos notáveis que inovaram a jurisprudência, e contudo, apenas cumpriram a Constituição: no julgamento do Recurso Extraordinário 966.177, do Rio Grande do Sul, se estabeleceu que há suspensão da prescrição dos crimes quando o processo é suspenso para análise da repercussão geral; no julgamento da Ação de Descumprimento de preceito Fundamental n. 186 do Distrito Federal, tentou-se a proibição na instituição das cotas raciais para ingresso na universidade.

De mesmo quilate foi a decisão que, como base neste preceito constitucional, os pares homossexuais possam adotar, eis que:

[...] não se pode negar o caráter de entidade familiar às células familiares formadas por parceiros homossexuais. É perfeitamente possível que as uniões homoafetivas sejam contínuas, duradouras, públicas e respeitáveis, sendo preconceituosa e descabida a idéia de que o ambiente familiar saudável depende da orientação sexual dos conviventes. Respeito, assistência mútua, afeto, boas maneiras e caráter não são privilégio ou exclusividade de heterossexuais. (RIBEIRO, 2002, p. 23)

Então percebe-se que o comando constitucional de vedação a qualquer forma de discriminação que desrespeite os direitos fundamentais é extremamente necessário, pois “As razões da discriminação nem sempre são perceptíveis à primeira vista, pois trazem oculto um componente cultural muito forte e enraizado” (LOPES, 2000, p. 6)

Assim, observa-se que as decisões da Corte Superior ora analisadas vão ao encontro dos estudos constitucionais para proteção contra qualquer forma de discriminação, que por vez estão enraizadas na sociedade.

Por fim, a assistência à família para coibir a violência no âmbito de suas relações que encontra berço no art. 226, §8º da CF/88. Devido ao seu posicionamento geográfico, muitos poderiam dizer que este dispositivo não pode ser considerado como direito fundamental. Todavia as decisões estudadas a elencam a este patamar e também a doutrina explica a respeito:

[...] em harmonia com o STF, reconheceu direitos fundamentais situados, por assim dizer, fora do catálogo, conquanto detentores de estatuto constituio-

nal formal. Rejeitou a existência de direitos apenas formalmente fundamentais e, numa louvável postura teleológica, conferiu o devido elastério ao art. 60, § 4º, inc. IV, da Carta, fazendo ver que se encontram, intangivelmente, protegidos todos os direitos e garantias fundamentais, não apenas os individuais. Sublinhou, com a necessária e oportuna ênfase, a vinculação cabal dos Poderes aos direitos fundamentais, assim como tratou de apontar os limites intransponíveis (formais e materiais), cujo respeito faz-se indispensável para que se evitem retrocessos em face de exageros do poder constituinte derivado. (SARLET, 2012, p. 8)

Assim, não afetam o campo dos direitos fundamentais apenas aquelas determinações normativas descritas formalmente como direito fundamental. Deve-se vislumbrar a relevância fática da matéria e sua compatibilização com a Constituição para sua compreensão, a previsão do artigo 226 da CRFB/88, igualmente utilizada como fundamento dos recursos repetitivos em análise neste estudo, também revela-se de cunho fundamental.

Desta forma, pode-se dizer que a proteção à mulher, na forma exposta pelas decisões analisadas neste estudo, e que garantem não só a resolução penal das questões de violência, mas também a reparação civil do dano experimentado pela vítima, está convergente à estrutura internacional, no âmbito dos direitos humanos, e respeita o elenco de direitos fundamentais previstos na CRFB/88.

CONCLUSÃO

A proteção à mulher perpassa uma estrutura de direitos humanos, que no ordenamento jurídico pátrio identifica-se com o conteúdo dos direitos fundamentais, insculpidos constitucionalmente.

O desafio que se apresenta é, na realidade concreta, a implementação efetiva de tais direitos, porquanto, a Lei Maria da Penha, de 2006, foi criada a partir da determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo tendo o texto da CRFB/88 preocupação direta com a igualdade entre os gêneros.

A referência de direitos humanos que a *Lei Maria da Penha* empreende em seu conteúdo, e o fato de auxiliar na implementação de valores constitucionais tidos por fundamentais, como o direito a dignidade humana, a igualdade, a vedação a qualquer

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a assistência à família para coibir a violência no âmbito de suas relações, favorecem a implementação dos direitos das mulheres, em especial aquelas que sofrem violência nas relações domésticas de convivência.

A questão pontuada neste estudo, partindo do pressuposto de direitos humanos e de direitos fundamentais que legitimam a existência desta legislação infraconstitucional de proteção à mulher, pontuam a forma interpretativa de aplicação desta lei no âmbito jurisprudencial.

Assim, para além da resposta penal do Estado em relação à prática de violência doméstica contra a mulher os danos experimentados pela vítima de precisam ser averiguados. Foi então que o STJ resolveu a questão em dois recursos repetitivos de mesmo teor resolutivo no ano de 2018, os quais foram estudados nesta pesquisa, quais sejam o ‘Recurso Especial n. 1.675.874 - MS (2017/0140304-3)’ e o ‘Recurso Especial n. 1.643.051 - MS (2016/0325967-4)’.

Estas decisões se deram em razão da grande quantidade de recursos relacionados à possibilidade de aplicação de indenização ao dano sofrido pela mulher em nível moral, por conta da prática de violência empregada contra ela, dentro do processo penal que apura a conduta criminal do agressor, e tem por justificativa os direitos fundamentais.

A partir da dignidade humana, o direito à igualdade é mencionado nos acórdãos analisados, porque a legislação de proteção à mulher, que vem a implementar valores fundamentais previstos constitucionalmente, visam garantir a igualdade fática, que permite um tratamento desigual ante uma condição fática desigual, como é o caso do gênero feminino, vítima de violência.

Também, se percebe como fundamentação dos recursos repetitivos a vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o que sistematicamente favorece a preservação dos valores fundamentais previstos constitucionalmente, e, contextualizado à assistência à família para coibir a violência no âmbito de suas relações, eleva esta preocupação constitucional também ao âmbito dos direitos fundamentais.

Desta feita, conclui-se que a implementação das legislações que protegem a mulher estão em consonância com os valores constitucionais. Da mesma

forma, a jurisprudência do STJ destacada nos Recursos Especiais n. 1.675.874 - MS (2017/0140304-3) e n. 1.643.051 - MS (2016/0325967-4) também refletem os princípios da CRFB/88. Vê-se assim que é adequada a concessão de reparação de dano moral e material à vítima no mesmo procedimento que busca a condenação criminal do agressor.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de direito Administrativo**, v. 217, 1999, p. 67-79.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- ATLAS DA VIOÊNCIA 2018**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em 18 de fev. 2019.
- AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, v. 21, n. 1, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, 2002, p. 107-125.
- BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **A igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: https://anadep.org.br/wtksite/cmsconteudo/9875/_20NO_20ORDENAMENTO_20_20_20_20_20JUR_DICO_20BRASILEIRO_1_.pdf
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 4 fev. 2019.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 07 de fev. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 fev. 2019.
- BRASIL. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará**. Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm> Acesso em 04 mar. 2019.

- BRASIL. **Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm> Acesso em 03 mar. 2019
- BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 2 fev. 2019.
- BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-64.
- CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Direito**, v. 1, n. 1, 2015.
- DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de psiquiatria do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. supl 1, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 9, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- LADEIRA, Angela Peter Pandolf; CAMPOS, Carolina Lopes Cançado. A lei 11340/06 e a questão da isonomia constitucional. **Revista Jurídica**. v. 2, n. 1. 2011.
- LOPES, Otavio Brito. A questão da discriminação no Trabalho. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 17, 2000.
- OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais**. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>. Acesso em 19 de fev. 2019.
- OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Disponível em < <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>>. Acesso em 27 nov. 2017.
- OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, ago. 2016, p.47-81.
- POUGY, Lilia Guimarães. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. **Revista Katálysis**, v. 13, n. 1, 2010, p. 76-85.
- RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. **Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais**. Equiparação à união estável, n. 60, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARLET, Wolfgang Ingo. A dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998, p. 84-94.
- SCHRAIBER, Lilia Blima et al. Violência contra mulheres entre usuárias de serviços públicos de saúde da Grande São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, 2007, p. 359-367.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**, v. 212, 1998, p. 89-94.
- STJ. Recurso Especial: REsp 1643051/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018.
- STJ. Recurso Especial: REsp 1675874/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018.
- STJ. Sobre Recursos Repetitivos . Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – Nugep. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos> Acesso em 8 mar. 2019.
- WHO Global Consultation on Violence and Health. **Violence: A Public Health Priority**. Geneva: WHO, WHO/EHA/SPI.POA.2 (1996).