



REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O AUXÍLIO-DOENÇA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: UMA CONSTRUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mellina Lopes Corrêa Gueiros¹
Witan Silva Barros^{**}

RESUMO:

O objetivo deste trabalho é analisar aspectos relevantes do julgamento do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 1.757.775-SP, enquanto resultado do ativismo judicial, que vem firmando uma jurisprudência revolucionária e progressista quanto a direitos fundamentais, especialmente na ausência do Legislativo e Executivo. A função do STJ, neste e em outros semelhantes casos, é solucionar a controvérsia e o lapso legislativo, utilizando-se dos preceitos constitucionais na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto. Analisa-se se a solução conferida à controvérsia atende ao espírito da legislação penal e previdenciária e dos direitos fundamentais da mulher vítima de violência.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Ativismo judicial. Superior Tribunal de Justiça. Mulher. Auxílio-doença.

CONSTITUTIONAL REFLECTIONS ON THE SICKNESS BENEFIT OF WOMEN VICTIM OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE: A CONSTRUCTION OF JUDICIAL ACTIVISM OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT: This work's objective is to analyze relevant aspects of the Superior Court of Justice's judgment in the file of Special Appeal 1.757.775-SP, as a result of judicial activism, which has been establishing a revolutionary and progressive jurisprudence regarding fundamental rights, especially in the Legislative and Executive's absence. The function of the Superior Court is to resolve the controversy and legislative lapse, using constitutional precepts in the law's interpretation and application to the specific case. It analyzes whether the solution given to the controversy meets the spirit of the legislation and the fundamental rights of women who are victims of violence.

KEYWORDS: Constitution. Judicial activism. Superior Court of Justice. Woman victim of violence. Sickness benefit.

* Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade UNINASSAU (2018). E-mail: mellinagueiros@gmail.com. Endereço postal: Travessa Vileta, nº 688, un. 406, Pedreira, Belém/PA, CEP: 66087-422.

** Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Previdência Social. E-mail: witan_barros@hotmail.com. Endereço postal: Travessa We 25, nº 681, Cidade Nova V, Coqueiro, Ananindeua/PA, CEP 67133-460.





INTRODUÇÃO

Transformações sociais acerca da valorização dos bens alçados à tutela constitucional, do reconhecimento da supremacia normativa da Constituição, dos modelos econômicos e políticos do Estado, do ativismo social frente ao Estado e suas garantias e prestações e do papel institucional do Poder Judiciário nas sociedades globais foram alguns dos fatores que contribuíram ao processo de constitucionalização destas, especialmente, do Estado Brasileiro.

O processo denominado *constitucionalização* consubstancia-se na consolidação da força normativa da Constituição de um Estado enquanto norma soberana. Afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso (2015, p. 335) que este fenômeno “expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico”, traduzindo-se no reconhecimento da superioridade da Carta Constitucional e, assim, condicionando e direcionando a atuação estatal – em todas as instâncias e instituições de poder.

A constitucionalização ocorre por meio da jurisdição constitucional, a qual “envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos” (BARROSO, 2015, p. 437).

O Poder Judiciário, desde o juiz estadual até o Supremo Tribunal Federal, tem a possibilidade de exercer a jurisdição constitucional *aplicando diretamente a Constituição* aos casos *sub judice*; *declarando a inconstitucionalidade* de lei, dispositivo(s) de lei, ou de ato(s) normativo(s); *interpretando* dispositivo(s), lei(s) e ato(s) normativo(s) conforme a Constituição; bem como, *atribuindo sentido* a normas, de acordo com os preceitos constitucionais.

Em que pese a jurisdição constitucional seja atribuída ao Judiciário, os três poderes, em suas respectivas funções, estão envolvidos no processo de constitucionalização, na medida em que nenhum deles está dispensado de observar as normas constitucionais em sua atuação.

A Carta da República de 1988 fixou o importante papel do Poder Judiciário na guarda da Constituição. Significa dizer que não é o único quem deve prezar pelas normas supremas, mas sua atribuição é interpretar e aplicar o ordenamento jurídico em total conformidade com as prescrições constitucionais, sem escapar do dever de fiscalizar e julgar o exercício dos demais Poderes e sua respectiva congruência com aquilo que dita a Lei Maior.



Mais do que simples interpretação e aplicação, a atuação institucional do Judiciário vem se ampliando, tornando-se determinante na concretização dos direitos fundamentais, especialmente quando os demais Poderes, por razões diversas, atuam de forma incompleta ou insatisfatória, no âmbito legislativo. Além de conferir a solução às normas abstratas ou silentes quanto a elemento essencial no caso concreto, o Poder Judiciário acaba, ainda, por interferir na atuação dos demais, na medida em que suas determinações possuem força e impõem, muitas vezes, prestações positivas e onerosas ao Estado.

O ativismo judicial vem sendo a postura proativa tomada pelo Judiciário diante das identificadas falhas normativas descuidadas pelo Legislativo e pelo Executivo, na direção da satisfação dos questionamentos que lhe chegam sem respostas.

O presente trabalho aponta considerações sobre o ativismo do Superior Tribunal de Justiça, em julgado específico, onde a Sexta Turma conferiu prática solução ao caso concreto (Recurso Especial 1.757.775-SP), com base nos preceitos constitucionais, diante da ausência de norma específica na Lei Federal nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

I – ALGUMAS PALAVRAS SOBRE O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Durante parte da história, o cenário político-institucional brasileiro guardou íntima relação com o pensamento constitucional construído no país, especificamente desde a independência, ocorrida em 1822, até o ano de 1945, quando se começa a identificar o distanciamento entre estes pensamentos.

Um breve passeio pelas Constituições Brasileiras aponta alguns fracassos com os quais o cenário jurídico institucional precisou lidar para consolidar a transformação de uma norma constitucional – inicialmente de caráter iminentemente formalista, abarcando inúmeros direitos fundamentais liberais mas sem materialidade; idealista, inspirada em modelos que não traduziam a realidade institucional do país; posteriormente, pautada na organização, no antiliberalismo e antiparlamentarismo –, até o ano de 1945, quando foi iniciado o processo de dissociação do pensamento constitucional do pensamento político-institucional, conforme aponta Virgílio Afonso da Silva (2015, p. 238):

A partir de então, as instituições políticas pouco a pouco deixam de ser pensadas por juristas e passam a refletir muito mais os embates de interesses - políticos, econômicos, sociais, corporativos - dispersos na sociedade. Assim, além da possível razão aludida anteriormente, ligada à ampliação do tipo de formação acadêmica (no



âmbito das humanidades, formação acadêmica deixou de ser sinônimo de formação jurídica), outra pode facilmente vir à mente: quanto maior for a abertura democrática e o pluralismo na construção das instituições de um país, menor será a possibilidade de que essas instituições sejam o produto das ideias de alguns poucos juristas, ou mesmo de que esses juristas, ainda que não tenham influenciado decisivamente esse ou aquele desenho institucional, encarnem pessoalmente as grandes tendências nesse debate.

A partir de 1945, o constitucionalismo enfrentou embates de natureza diversa daqueles primeiros, agora dirigidos por questões de segurança nacional e pela temerosa antidemocracia, a qual se tentava legitimar através do pensamento constitucional, seguidos da tendência de “dirigismo constitucional”, com a imposição de diretrizes a serem seguidas pelo Estado, o qual foi consolidado na Constituição Federal de 1988.

Antes de 1988, observam-se Constituições sem aplicabilidade direta e imediata. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a libertação do caráter meramente técnico deste documento, destituindo-o da figura de objeto político, para assumir, perante a sociedade, o papel instrumental de aproximação entre Estado e seus amparados, especialmente por se consolidar sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana e por conferir a todos – e a cada um – segurança para se apropriarem das prescrições formais e exigirem a materialização dos princípios e direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma *cultura de direitos fundamentais*, saindo do cenário de ordem formal e alcançando expressiva materialidade, no sentido de consolidar sua supremacia axiológica, a qual foi “potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios” (BARROSO, 2012, p. 9).

O pensamento constitucional, portanto, direciona seu enfoque à interpretação da norma constitucional existente, deixando-se gradativamente de centralizar as reflexões jurídicas sobre o aspecto institucional.

Atualmente, segundo aponta Virgílio Afonso da Silva (2015, p. 244), é possível se perceber a tendência de “mais um rearranjo no papel do pensamento constitucional”, no sentido de os constitucionalistas brasileiros começarem a perceber que “sua tarefa pode ir além da simples exegese do texto constitucional”.

1.1 A evolução do papel do Judiciário

O Estado Liberal, identificado durante o século XIX, até a Primeira Grande Guerra, foi marcado por um mínimo intervencionismo do Estado sobre as relações privadas. Os





indivíduos eram reconhecidamente iguais perante a lei e assim tratados pelo Poder Estatal. Por esta razão, o conjunto normativo de uma sociedade funcionava como limite de atuação do Poder Público e, ao mesmo tempo, era a garantia, aos cidadãos, de seus direitos fundamentais.

Nesta fase histórica, é o Poder Legislativo quem sobressai como figura de suma importância para a sociedade, na medida em que traduz a vontade do povo e se mostra como grande garantidor da igualdade dos cidadãos. Em contrapartida, o Poder Judiciário se apresenta com a atribuição de, meramente, aplicar a lei, submetendo a esta o fato concreto posto sob seu julgamento.

Ao final da Primeira Guerra Mundial, observa-se a transformação do Estado Liberal em Estado Social, durante o qual há o crescimento da relevância da atuação do Judiciário em uma sociedade onde o Estado se mostra ativo na promoção de políticas públicas e de medidas de proteção social, transformando “expectativas materiais em autênticas pretensões jurídicas” (CAMPILONGO, 1994, p. 124).

Neste sentido, aponta Ferraz Junior (1994, p. 18):

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem estar social, [...], tem um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

Ao contrário da realidade vivenciada no Estado Liberal, onde o julgador era mero aplicador da norma ao caso concreto, vê-se no Estado Social um Judiciário atuante a fim de garantir efetivamente os direitos formalmente postos no ordenamento, firmando-se como “única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia” (VIANNA, et al, 1999, p. 20-21).

Já durante o Estado Pós-Social (Neoliberal), no contexto da globalização, observa-se um Estado ativo nas relações sociais, mas sem interferência nas questões de ordem social e econômica. O Poder Judiciário passa a ter competência legal para atuar na efetivação dos direitos previamente estabelecidos, tornando-se instituição de papel inteiramente fundamental nos sistemas jurídicos contemporâneos cuja tendência é “a de criar novas técnicas de garantia da efetividade a sempre novos direitos vitais” (CAMPILONGO, 1994, p. 125):

Por isso, com propriedade, já se assinalou que “o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo.



Por este cenário, estabelece o Ministro Barroso (2015, p. 436), quanto ao papel do Poder Judiciário e das cortes constitucionais e supremos tribunais, que: “deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso”. É este o perfil de atuação do Superior Tribunal de Justiça, observado no julgado estudado.

II – O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO

A Carta de 1988 consolida o movimento denominado de constitucionalização do direito, que tem a Constituição Federal como a lente através da qual se deve realizar a leitura e interpretação de todo o ordenamento jurídico:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. (BARROSO, 2012, p. 10)

Como apontado, o papel do Judiciário foi tomando proporções maiores ao longo do tempo, ampliando-se até sua consolidação como órgão essencialmente solucionador de controvérsias e “o único dotado do poder de executar, pela força de suas decisões” (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 18).

As normas infraconstitucionais vinculam-se às disposições da Lei Maior, não somente no sentido de abster-se de qualquer confronto explícito ou implícito – seja no elemento textual ou na matéria do dispositivo ou legislação – mas, mais do que isto, a Constituição Federal impõe-lhes o dever de atingir o espírito de um ou mais preceitos fundamentais, em todas as suas específicas prescrições, na interpretação destas e na sua aplicação aos casos concretos.

Este processo envolve todas as instâncias do Poder Público, cabendo igualmente ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário o íntegro respeito pelas normas constituintes e, em especial, a este último, o papel de guardião da Constituição – especificamente através do amplo exercício da jurisdição constitucional. Neste cenário, tem-se o ativismo judicial enquanto fenômeno intimamente relacionado com a Constituição de 1988.



O ativismo se trata da postura proativa adotada pelo Judiciário, a partir da abertura funcional que foi lhe sendo concedida desde a Carta de 1988, especialmente quando conferiu a este Poder na figura dos juízes, Tribunais e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade. Trata-se, portanto, de uma atitude dos intérpretes no sentido de interpretar a Constituição “expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2018, p. 12).

Originado nos Estados Unidos, o ativismo judicial foi um movimento, ou um processo de construção e consolidação de uma postura de atuação adotada pela Suprema Corte americana, especialmente entre os anos de 1954 e 1969, que revelou-se em uma revolução jurisprudencial, refletida em práticas políticas, movida por um sentimento progressista sobre matérias constitucionais.

A intensa ampliação da participação do Poder Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais mostra-se além de qualquer circunstância conflituosa em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, mas como um preenchimento de espaços vazios por eles deixados, especialmente no que se refere às próprias lacunas legislativas.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013, p. 7886), em produção específica sobre o ativismo do Supremo Tribunal Federal, conceituou relevantemente ativismo judicial, como sendo:

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

Sendo o direito de uma sociedade um “organismo vivo” (BARAK *apud* CAMPOS, 2013, p. 10), cabe ao intérprete – aos juízes – a compreensão do propósito das normas dispostas a fim de que seja viabilizado o efetivo alcance deste fim.

O Poder Judiciário, neste papel ativista, tem se comprometido em exigir o cumprimento dos deveres prestacionais do Estado, principalmente no que se relaciona à garantia dos direitos fundamentais – à dignidade da pessoa humana, em superioridade; à autonomia da vontade, à igualdade, à liberdade – perante os hipossuficientes. Assim, a atuação judicial acaba por atender a demandas sociais que não obtiveram, no processo político legislativo, plena satisfação.



O Superior Tribunal de Justiça foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e, enquanto órgão de revisão, é a última instância na Justiça Brasileira para julgamento de causas que não estejam ligadas à interpretação direta da Constituição, sendo destinado à uniformização da interpretação de lei federal, sob a direção dos princípios e valores constitucionais.

O papel ativista do STJ neste cenário, mostra-se na interpretação e, quando necessário – diante das falhas legislativas – na construção normativa, seguindo a voz da Constituição Federal sobre as questões que não foram satisfatoriamente esclarecidas pelo legislador ordinário quando da criação da legislação infraconstitucional e cujas matérias versa, ainda que amplamente, a Carta Maior.

A força normativa da Constituição do Estado é notada sobre o conjunto normativo interno – inferior e dependente –, restando inadmitido o confronto das disposições infraconstitucionais com os preceitos da Lei Maior, mas, mais do que isto, impondo-se às prescrições inferiores o dever de atender ao espírito constitucional: no texto, na sua interpretação e na sua aplicação.

Ao se estar diante de um caso, por exemplo, que envolve lei que protege direito fundamental à vida e à integridade física e psicológica de um indivíduo, configurando-se situação especial onde a norma protetiva não assegura os meios específicos para a plena garantia destes direitos do cidadão, a conduta proativa do STJ – direcionada pelo espírito normativo extraído da Constituição Federal – deve analisar, pela ponderação, a forma mais razoável de se tornar concreta a garantia legal, tal como ocorreu no julgamento ora analisado, onde bem ponderou o Ministro Rogério Schietti Cruz:

Em verdade, ainda precisa o Judiciário evoluir na otimização dos princípios e das regras desse novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica, o que nos permite suprir a lacuna legislativa em questão.

A legitimidade desta atuação está condicionada ao convencimento gerado pela decisão, que por sua vez estará condicionado à aceitabilidade mediante a adequação constitucional e a compatibilidade com o sistema normativo (BARROSO, 2012, p. 24).

III – O ATIVISMO JUDICIAL NA PRÁTICA: A ANÁLISE DO CASO

Em 02/09/2019 foi publicada polêmica decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial 1.757.775-SP, interposto





por M. F. F. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – este que julgou desprovido o Agravo de Instrumento da recorrente. O posicionamento infirmado pelo STJ naquela oportunidade merece atenção, em razão da inovação trazida por esse Tribunal ao suprir lacuna legislativa e elucidar, com fundamento constitucional, questão sobre a qual é silente a Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha).

A ação penal – que tramita sob sigilo de justiça – foi motivada por ameaças de morte recebidas pela recorrente de seu ex-companheiro, o que propiciou o deferimento de medidas protetivas de urgência de proibição de aproximação e de manutenção de contato, por qualquer meio, do agressor com a ofendida, fundamentadas no artigo 22 da Lei nº 11.340/2006.

Segundo o relatório do Ministro Rogério Schietti Cruz, em seu voto, a recorrente narrou no recurso em julgamento que, mesmo após o deferimento das medidas protetivas de urgência em seu favor, permaneceu tomada por insegurança e, ante a ausência de casa de abrigo no município onde reside, mudou-se temporariamente para outra localidade, deixando de comparecer ao trabalho durante aproximadamente um mês, o que resultou em faltas injustificadas assim registradas pelo empregador.

Por esta razão, a recorrente formulou, perante o Juízo de origem da ação penal, pedido de manutenção de vínculo trabalhista retroativo, em razão do afastamento do trabalho, pautado no artigo 9º, §2º, inciso II, da Lei nº 11.340/2006, a fim de que fossem retiradas do seu cartão de ponto as anotações de faltas injustificadas. O Magistrado originário entendeu que a matéria suscitada se tratava de competência da Justiça do Trabalho, o que motivou a interposição do Agravo de Instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, por sua vez, manteve a decisão agravada.

O Recurso Especial, fundamentado nos artigos 4º, 7º, 9º, 14 e 22 da Lei nº 11.340/2006, foi levado a julgamento ao Superior Tribunal de Justiça, com requerimento de reconhecimento da interrupção do contrato de trabalho da recorrente e de determinação de que este lapso temporal não vivenciado no trabalho fosse suportado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o reconhecimento da competência da Vara Criminal onde tramitava a ação penal, para apreciação do pedido.

Com este detalhamento breve do contexto fático e processual originário do Recurso Especial ora estudado, chega-se ao momento crucial da pesquisa presente, que se faz pela



análise da construção do posicionamento infirmado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do amparo do INSS à mulher vítima de violência doméstica e familiar, solução esta que não foi expressamente conferida pelo legislador da norma amplamente conhecida como Lei Maria da Penha.

IV – DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA

Não é a pretensão do presente artigo a realização de estudo aprofundado acerca das leis penais e da violência contra a mulher *per si*, mas faz-se necessário compreender algumas previsões expressas da Lei nº 11.340/2006 no que se refere às medidas protetivas que podem ser determinadas em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, para, então, identificar onde reside o silêncio legislativo que precisou ser suprido pela voz ativa do STJ. Introdutoriamente, no entanto, é indispensável tecer breves considerações sobre importantes normas que substanciaram a Lei Maria da Penha, validando o reconhecimento e a necessidade de proteção à vulnerabilidade da mulher.

No contexto internacional, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, foi de grande relevância para o Brasil, onde entrou em vigor em 02 de março de 1984, ainda que com ressalvas – estas relativas à igualdade entre mulheres e homens, especialmente no âmbito do casamento. Somente no ano de 2002, por meio do Decreto nº 4.377, foi promulgada no Brasil a referida Convenção de 1984 em sua integralidade meritória. A Convenção comprometeu o Brasil com a adoção de todas as medidas necessárias a suprimir a discriminação da mulher, em todas as suas formas e manifestações.

Em 1994, foi adotada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, a “Convenção de Belém do Pará”, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.973 de 1996. Por meio dela, o Brasil – “afirmando que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita todas ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” (conforme texto preambular) – comprometeu-se a, específica e expressamente, “adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade” (artigo 7, “d”), bem como de “estabelecer procedimentos jurídicos justos e





eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção” (artigo 7, “f”).

Internamente, a Constituição Federal do Brasil de 1988, assegurou especial proteção do Estado à família, garantindo a assistência a cada um dos que a integram, a partir da criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (artigo 226, §8º).

A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 226, §8º, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

4.1 Das medidas protetivas de urgência

Como já apontada a despretensão de abordar-se a violência doméstica e familiar contra a mulher especificamente em sua (forma de) configuração, tem-se por pressuposto neste estudo, especialmente a partir das normas ora suscitadas – internacionais, constitucionais e infraconstitucionais –, a vida da mulher, sua dignidade, sua liberdade, sua saúde e integridade física, psíquica e emocional, enquanto direitos fundamentais que se objetiva preservar através das medidas protetivas de urgência.

A Lei Maria da Penha, assim, assentou tanto medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, como medidas protetivas de urgência à ofendida; sendo as primeiras de natureza restritiva, proibitiva e prestacional, que incluem a proibição de aproximação com a ofendida e o contato, por qualquer meio de comunicação – ambas determinadas pelo juízo de origem do caso sob estudo².

4.2 Do silêncio legislativo

Fora do campo das medidas protetivas de urgência, a Lei Maria da Penha ofertou capítulo especial para abordar a assistência prestada à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a qual deve se dar, essencialmente, de forma articulada e segundo os

² As seções II e III da Lei nº 11.340/2006 tratam, respectivamente, das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (artigo 22) e daquelas providenciadas pelo juiz à ofendida (artigos 23 e 24).



princípios e diretrizes estipulados na Lei Orgânica de Assistência Social, no Sistema Único de Saúde e no Sistema Único de Segurança Pública.

No capítulo II da Lei nº 11.340/2006, é assegurada no artigo 9º, §2º – com a finalidade de preservar a integridade física e psicológica da ofendida – expressamente, a “II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses”.

A primeira reflexão obtida a partir da absorção deste conteúdo da Lei Maria da Penha é a de que a manutenção do vínculo de trabalho da ofendida não se trata de medida protetiva, mas de medida de natureza assistencial.

O silêncio legislativo que confronta é sobre quem recai o ônus decorrente do afastamento da vítima de seu trabalho, por até seis meses, considerando que o vínculo deve ser mantido?

4.3 Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar

A assistência social é assegurada pela Constituição Federal de 1988 a todos que dela necessitarem e independentemente de contribuição, critérios de abrangência que também abarcam a saúde e a segurança pública, enquanto direitos fundamentais e deveres prestacionais do Estado.

Como já compreendido, o afastamento da vítima, no caso, deu-se pelo sentimento de insegurança decorrente das ameaças de morte recebidas de seu ex-companheiro, bem como da ausência de casa de abrigo em sua localidade, o que a incentivou a deixar seu município temporariamente e alugar-se em outra cidade.

Enquanto dever do Estado a garantia do direito fundamental à segurança, à saúde (física, psicológica, emocional) e, especialmente, de proteção à mulher vítima de violência (artigo 226, §8º, da Constituição Federal de 1988), pode-se encontrar na conduta pública omissiva a razão do afastamento do trabalho, bem como a responsabilidade pelos impactos remuneratórios circunstanciais referentes à ofendida. Esta foi a matriz do entendimento firmado no voto do Relator do Recurso Especial.

O cenário provocou o Ministro à leitura do artigo 9º, §2º, inciso II da Lei nº 11.340/2006 como sendo causa de interrupção do contrato de trabalho, preservando-se remuneração e contagem de tempo de serviço da vítima, pelo que entendeu ser aplicável a



analogia ao direito ao benefício previdenciário de auxílio-doença, no qual cabe ao empregador suportar o ônus remuneratório durante os primeiros quinze dias de afastamento do trabalhador por motivo de doença, cabendo o pagamento do período posterior ao INSS.

V – DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO-DOENÇA ANALOGAMENTE APLICADO ENQUANTO ASSISTÊNCIA À MULHER VIOLENTADA

O Superior Tribunal de Justiça, no posicionamento expressado no julgamento do Recurso Especial 1.757.775-SP, realizou interpretação extensiva da Lei Maria da Penha, ampliando o seu conteúdo legal, especificamente por a norma expor a quem do que deveria.

Diante desta interpretação, houve a aplicação da analogia, ao ser determinada a incidência do auxílio-doença no caso, diante da falta de previsão legal. O entendimento do STJ foi no sentido de que a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher é uma ofensa à sua integridade física e psicológica, havendo de ser equiparada a uma situação de doença, inclusive de natureza incapacitante, a qual ensejaria o benefício de auxílio-doença no caso do afastamento do trabalho³.

No entanto, ao tempo em que utilizou-se de analogia para determinar o direito da ofendida ao auxílio-doença, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz afirmou que tal amparo à mulher vítima de violência doméstica e familiar se trata de assistência devida pelo Estado.

O auxílio-doença, enquanto benefício previdenciário, é regulado pela Lei nº 8.213/1991, sendo devido ao segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que precise se afastar do trabalho por motivo de doença, por mais de quinze dias.

De uma simples análise da Lei nº 8.213/1991, especialmente das disposições contidas no seu artigo 18, é nítido que, em nenhum momento, o legislador contempla o afastamento da mulher vítima de violência. Não obstante, não se observa do legislador a intenção em admitir a possibilidade de que outros benefícios fossem ali abrangidos.

³ Conforme consignado no voto do Ministro Relator: “Incide o auxílio-doença, diante da falta de previsão legal, referente ao período de afastamento do trabalho, quando reconhecida ser decorrente de violência doméstica e familiar, pois tal situação advém da ofensa à integridade física e psicológica da mulher e deve ser equiparada aos casos de doença da segurada, por meio de interpretação extensiva da Lei Maria da Penha”.



Há, na própria Constituição Federal de 1988, inclusive, a proibição expressa de que qualquer benefício ou serviço da seguridade social seja “criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, conforme se extrai do artigo 195, §5º.

De outro lado, considerando que a expressão do STJ quanto ao amparo do INSS tenha se mostrado no sentido assistencial à ofendida, cabe analisar igualmente as disposições da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a qual ampara, inclusive, a própria Lei Maria da Penha⁴.

Os benefícios assistenciais previstos na Lei nº 8.742/1993 consubstanciam-se no benefício de prestação continuada (BPC) e em benefícios eventuais, assim denominados pelo diploma, os quais se tratam de “provisões suplementares e provisórias” a serem prestadas em casos de “nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e calamidade pública”.

O resultado da análise da LOAS se mostra semelhante às conclusões obtidas quanto ao auxílio-doença previsto na Lei de Benefícios. O legislador ordinário deixou de abranger a mulher vítima de violência doméstica e familiar do rol de beneficiários do BPC – que é restrito a deficientes e idosos de baixa renda. É possível que a legislação abrace a ofendida no momento em que prevê a possibilidade de benefício eventual em razão de situações de vulnerabilidade temporária, na qual entendemos estar incluído o caso julgado.

Entende-se que a vontade do STJ – suprindo a vontade não expressa do legislador ordinário – ao classificar a prestação então concedida no caso analisado como assistência social, tenha se mostrado no sentido de não exigir filiação contributiva da mulher vitimada ao RGPS, vez que a assistência dispensa este requisito e é ditada pela Constituição Federal como independente de qualquer contribuição, sendo devida a quem dela necessitar.

De igual modo é compreendida a vulnerabilidade – temporária e emergencial – da mulher em situação de violência doméstica e familiar. O afastamento do trabalho é a máxima medida para a autoproteção diante da falha de um dever fundamental do Estado.

⁴ Neste sentido, dispõe o artigo 1º, da Lei nº 11.340/2006: “Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.



A natureza assistencial assim entendida pelo STJ, coloca à dúvida e, de certo modo, em contradição, as ponderações tecidas na construção do entendimento – especialmente do Ministro Relator – sobre a ampliação do auxílio-doença à mulher vítima de violência.

5.1 Da natureza assistencial do benefício devido à ofendida

Considerando que o entendimento expressado no julgado em comento refere o benefício devido à ofendida como sendo de natureza assistencial – a fim de não requisitar contribuição e obedecer ao comando constitucional sobre a assistência social – entendemos que a melhor solução não seria aplicar analogamente um benefício previdenciário, que exige obrigação contributiva por parte do beneficiário – mesmo porque as contribuições previdenciárias, enquanto contribuições sociais de natureza tributária, exigem destinação previamente estabelecida. A solução poderia ser encontrada na Legislação sobre a Assistência Social, dentro dos chamados benefícios eventuais, os quais abarcam a situação temporária de vulnerabilidade vivenciada pela vítima de violência.

5.2 Da natureza jurídica do afastamento do trabalho

Inexiste relação entre o afastamento do trabalho e a própria relação trabalhista. A causa do não comparecimento da ofendida em seu trabalho por aproximadamente um mês encontrou-se fora do ambiente e do contexto do próprio trabalho; a motivação adveio de circunstâncias externas, mais restritamente, da seara doméstica e familiar. Ainda que se entenda, portanto, em doença equiparada – em relação à ofensa à integridade física e psicológica da mulher – o estado de incapacidade não seria de natureza ocupacional (acidente de trabalho ou doença ocupacional).

5.3 Da natureza da doença (ofensa à integridade física e psicológica)

Existem duas hipóteses de concessão do benefício de auxílio-doença, a depender da natureza da doença: acidentário, quando a doença possui relação com a atividade exercida, tratando-se de doença ocupacional ou de acidente de trabalho; ou previdenciário, no caso de a doença incapacitante ter origem em fatos externos ao ambiente laboral. Segundo o STJ, o afastamento da ofendida não guarda relação com o trabalho, pelo que, em tese, seria causa de auxílio-doença previdenciário.



Por sua vez, o auxílio-doença previdenciário exige requisitos que não são aplicáveis quando do auxílio-doença acidentário, como, por exemplo, o mínimo de doze contribuições recolhidas para a Previdência Social – que ao que entendemos, quis o STJ evitar, a fim de não restringir a prestação do benefício.

5.4 Da interrupção do contrato de trabalho

Cada espécie de auxílio-doença promove um efeito diverso no contrato de trabalho. O auxílio-doença previdenciário suspende o contrato laboral. Já a interrupção ocorre quando há afastamento em razão de acidente de trabalho; ou seja, no auxílio-doença acidentário, cabe ao empregador a manutenção dos depósitos do FGTS do obreiro afastado, bem como a contagem do referido tempo ausente como tempo de contribuição; o que expressamente o Ministro Relator determinou por se preservar no caso da ofendida.

5.5 Da estabilidade pós auxílio-doença

Uma peculiaridade do auxílio-doença acidentário – que seria o que mais atenderia às ponderações e determinações do Superior Tribunal de Justiça – configura a estabilidade adquirida pelo trabalhador quando de seu retorno ao trabalho, que lhe garante a manutenção do vínculo pelo período de doze meses.

No entanto, sem se tratar efetivamente de acidente de trabalho, tampouco doença ocupacional a ele equiparada – além de não se poder alcançar todas as demais particularidades almejadas pelo STJ –, ainda resta a dúvida se seria devida a estabilidade à mulher vítima de violência doméstica e familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção histórica do ativismo judicial no Brasil levou o Poder Judiciário a atuar de modo a superar dificuldades legislativas e suprir eventuais ausências dos outros Poderes. Especialmente, no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, observa-se a voz firme e resolutiva, resultante da consolidação de uma postura proativa na execução de suas funções.

Ao julgar o Recurso Especial 1.757.775, o STJ inovou ao estabelecer ao INSS o dever de suportar, na forma de auxílio-doença, o ônus decorrente do afastamento da mulher vítima de violência doméstica e familiar de seu trabalho, uma vez que a lei confere o direito à



manutenção do vínculo trabalhista, no entanto, é silente quanto ao ente provedor da remuneração da ofendida durante esta ausência.

A inovação trazida pelo STJ como resultado da postura ativista no exercício de suas funções, mesmo em prática substituição ao papel do legislador que deixou de fazê-lo, pode ser – como sempre o foi e é – interpretada sob ambos os aspectos: positivo ou negativo.

No entanto, independentemente da conotação atribuída à decisão conforme sua receptividade, entendemos que a postura do STJ quanto a sua legitimidade não há de ser questionada, se considerarmos enquanto legítima a decisão que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)” (BARROSO, 2018, p. 13).

É certo que o posicionamento originou inúmeros questionamentos acerca das possibilidades exatas de execução da medida imposta neste julgamento, considerando-se toda a legislação que de alguma forma versa sobre o auxílio-doença e os benefícios previdenciários e assistenciais.

Diante de tantas respostas pendentes, há de se considerar a prematuridade do tema que transcende a seara do direito penal e, mesmo, o âmbito previdenciário, tratando-se a decisão judicial ora estudada uma matéria de reflexos multidisciplinares, cujo exaurimento não esteve nas pretensões deste artigo.

Acerca da postura ativista do STJ no caso analisado, observa-se a máxima vontade do intérprete em resguardar a mulher vítima de violência – enquanto grupo social vulnerável – contra circunstância que a vulnerabilizaria tanto mais, como seria a ausência de remuneração pela falta de responsabilidade do empregador sobre o não-comparecimento da empregada ao trabalho. Como bem ponderado pelo Ministro Relator, “a vítima de violência doméstica não pode arcar com danos resultantes da imposição de medida protetiva em seu favor”.

Entendemos que o ativismo do Superior Tribunal de Justiça, no caso aqui estudado, enquanto afirmação de uma norma garantista aos direitos da mulher – grupo historicamente vulnerável e crescentemente assim entendido e protegido –, é benéfico à sociedade, pelo que se traduz em uma construção positiva do ativismo judicial, onde o juiz, frequentemente, se mostra “coparticipante do processo de criação do direito” (BARROSO, 2018, p. 14), o que é imprescindível para a realização efetiva da Constituição.





REFERÊNCIAS

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, ano 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, DE 1º DE AGOSTO DE 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília: Diário Oficial da União, 02 de agosto de 1996.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: Diário Oficial da União, 16 de setembro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 14 de agosto de 1998.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 08 de dezembro de 1993.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 08 de agosto de 2006.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial 1.757.775 – SP. M. F. F.** e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 20 de agosto de 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil.** Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 2 (2013), nº 8, p. 7881-7961

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência.** Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em 13 jan. 2020.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da Liberdade ao Controle:** os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte. Puc Minas Virtual, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil: o papel dos juristas.** Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 111, p. 229-245. Jul./dez. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro. Editora Revan. 1999.

