

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Raíssa Jeanine Nothaft

A AUTONOMIA DA MULHER NA LEI MARIA DA PENHA: uma análise da Ação
Declaratória de Inconstitucionalidade 4424 do Supremo Tribunal Federal.

PORTO ALEGRE

2012

RAÍSSA JEANINE NOTHAFT

A AUTONOMIA DA MULHER NA LEI MARIA DA PENHA: uma análise da Ação
Declaratória de Inconstitucionalidade 4424 do Supremo Tribunal Federal.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientadora: Professora Doutora Jussara Reis Prá

PORTO ALEGRE

2012

RAÍSSA JEANINE NOTHAFT

A AUTONOMIA DA MULHER NA LEI MARIA DA PENHA: uma análise da decisão
da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aprovada em ____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Jussara Reis Prá
Orientadora

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo
Coorientador

Professor Doutor Odone Sanguiné

Aos meus pais, pelo exemplo e pelo incentivo à educação.

Aos grandes mestres pela dedicação, o conhecimento e a postura crítica frente ao Direito e à realidade social. Dentre eles, em especial, ao Professor Salo de Carvalho, que, espero, possa retornar logo a esta Casa para continuar a engrandecê-la, e à Professora Carla Marrone Alimena, que fez brotar os questionamentos que deram início a essa pesquisa, por me acompanhar do início ao fim desse processo.

A minha orientadora, Dra. Jussara Reis Prá, pela competência científica e pelos esforços empreendidos na orientação dessa pesquisa.

Àqueles que, como eu, estudam gênero e buscam transcender esse olhar essencialista sobre os sexos, mostrando que essa busca é tão importante quanto qualquer outra pelos Direitos Humanos.

Aos amigos que me apoiaram e incentivaram durante o desenvolvimento dessa pesquisa, em especial à Letícia Zenevith, sem a qual o meu interesse pelas questões de gênero não teria surgido com tanta força.

Ao Francisco Ponzoni Pretto pelo estímulo e auxílio durante todo o processo.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma participaram e contribuíram para a execução dessa monografia.

RESUMO

A Lei Maria da Penha foi criada em 2006 com intuito de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, seguindo os termos 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. A Lei foi alvo de diversos exames para determinar a natureza da ação penal cabível aos casos de lesão corporal leve, tendo como o mais recente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (ADI 4424), na qual foi decidido que o Ministério Público pode iniciar a ação penal sem necessidade de representação da vítima. O objeto do julgamento era saber se a lesão leve praticada contra a mulher em ambiente doméstico enseja tratamento igualitário às lesões em geral, tendo como necessidade a representação. O artigo 16 dispõe sobre a retratação no âmbito da Lei, mas, para a maioria dos ministros do STF, essa possibilidade, nos casos de lesões corporais leves, acabava por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres. O presente trabalho propõe discutir o tema da proteção e da autonomia da mulher a partir desse julgado e de seus argumentos. Discussão de grande importância, haja vista que a violência de gênero é uma grave violação dos direitos humanos, pois se trata de conduta ofensiva realizada nas relações de afetividade hierarquizadas entre os sexos, que submete, subjuga e impede ao outro o livre exercício da cidadania. Dessa forma, mostra-se necessário examinar qual a melhor forma de lidar com esse problema. A pesquisa almeja apresentar uma visão mais ampla da questão a partir da individualização dos argumentos da decisão do Supremo Tribunal Federal e de sua análise a partir de conceitos trazidos pela Teoria Feminista do Direito, visando, dessa forma, transcender paradigmas reducionistas e incluir o debate de gênero. Através da análise de discurso da decisão, a autonomia das mulheres constituiu-se no foco deste estudo que nos revelou as dualidades que continuam vigentes nos discursos dos operadores do Direito. Concluímos pela necessidade de implantação de políticas públicas voltadas ao empoderamento da mulher respeitando sua autonomia volitiva.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Autonomia da Mulher. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424. Análise de Discurso.

ABSTRACT

The Maria da Penha Law was sanctioned in 2006 with the intent to restrain domestic violence against women, in accordance with the terms of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women. The law has undergone several tests to determine the applicable criminal action in cases of mild injury. The most recent process was the direct action of unconstitutionality filed by the Attorney General's Office (ADI 4424), in which the Supreme Court decided that prosecutors may initiate prosecution without victim pressing charges. The object of the trial was to decide whether mild injuries falling under the scope of domestic violence against women were subjected to the same procedural aspects of the Maria da Penha Law, giving women the possibility to drop the charges. The article 16 of the Law provides that the prosecution is conditioned to the charge of the victim, but for most of the ministers of the Supreme Court, that fact would eventually empty the constitutional protection provided to women. This paper aims to discuss the issue of protection and empowerment of women on the grounds of this trial and its arguments. The importance of this theme is in the fact that gender violence is a human rights violation, because this offensive conduct is performed in hierarchical relationships between the sexes; it submits the woman, subduing and restraining their free exercise of citizenship. That's why it's necessary to examine how to deal with this problem. The research aims to present a broader view of the issue from the individualization of the arguments of the Supreme Court decision and its analysis from Feminist Theory of Law, seeking to transcend reductionist paradigms and include the gender discussion. Through speech analysis of the decision, women empowerment constituted the focus of this study, which revealed the dualities that are still in force in the speeches of Law operators. We conclude on the need to implement public policies aimed at empowering women respecting their autonomy.

Keys-words: The Maria da Penha Law, Empowering, ADI 4424, Speech analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. AUTONOMIA DA MULHER.....	12
1.1 Teoria Feminista do Direito	13
1.2 Violência de Gênero e Violência Doméstica.....	15
1.2.1 <i>As principais correntes teóricas.</i>	15
1.2.2 <i>Lei Maria da Penha e a introdução legislativa do conceito de gênero ...</i>	17
1.3 A Lei Maria da Penha e a manutenção de dualidades no contexto das relações de gênero.	21
1.4 Empoderamento.....	24
2 LEI MARIA DA PENHA E A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONTITUCIONALIDADE (ADI) 4424 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	29
2.1 Interpretação conforme dos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/06	29
2.2 A mulher deve ser protegida contra sua vontade?	36
2.2.1 <i>Dignidade da Pessoa Humana</i>	39
2.2.2 <i>Proibição da proteção deficiente</i>	40
2.3 Análise de discurso	46
2.3.1 <i>Reafirmação de dualidades</i>	46
2.3.2 <i>A incompreensão dos agentes estatais</i>	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	56
APÊNDICE A – Fragmento do Voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello.....	60
APÊNDICE B – Discussão da sessão.....	67
APÊNDICE C – Fragmento do Voto da Ministra Rosa Maria Weber.....	71
APÊNDICE D - Voto Ministro Cezar Peluso.....	74

INTRODUÇÃO

A proposta de elaboração de uma Lei Integral de combate à Violência Doméstica e Familiar começou a ser idealizada a partir dos esforços de um Consórcio formado por seis organizações não governamentais feministas, em julho de 2002. O estudo resultante foi encaminhado ao Poder Executivo, órgão que deveria apresentar o projeto de Lei por conter regras de sua competência privativa.

O projeto 4559/2004 incorporou parte da proposta referida, todavia, manteve os julgamentos à égide da Lei 9099/95, indo contra a base eleita pelo Consórcio. Este buscava incluir a violência doméstica como violação dos direitos humanos das mulheres, portanto, incompatível com a noção de delito de menor potencial ofensivo. O projeto, discutido com a sociedade na Comissão de Seguridade Social e Família, recebeu da relatora parecer favorável à aprovação com substitutivo, em agosto de 2005, incluindo a demanda da exclusão da Lei dos Juizados Especiais, e outras que surgiram durante as audiências públicas realizadas.

Desde a configuração do projeto, em 2004, houve numerosas discussões e forte pressão do Movimento Feminista pela aprovação da Lei. Contudo, ela ocorreu somente após a condenação do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no pleito de Maria da Penha Maia Fernandes. Maria da Penha teve seu caso enviado à Comissão após buscar, durante 15 anos, que o Judiciário brasileiro julgasse as duas tentativas de assassinato cometidas por seu companheiro, das quais sobreviveu paraplégica. O Brasil foi condenado por negligência e omissão em relação à violência doméstica e recomendou-se que o Estado brasileiro criasse legislação adequada para o enfrentamento desse tipo de violência. O projeto de Lei, sancionado pelo Presidente da República em agosto de 2006, foi batizado de Lei Maria da Penha numa espécie de cumprimento simbólico das recomendações da Comissão Internacional de Direitos Humanos.

No plano normativo, a Lei Maria da Penha tem caráter de legislação especial, pautando-se pelo paradigma do reconhecimento da violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos. A par disso, a legislação está em consonância com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra

a Mulher (Convenção de Belém de Pará, OEA, 1994), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, ONU, de 1979) e a Constituição Federal (Brasil, 1988).

Entre as inovações trazidas pela Lei, consta o afastamento da incidência da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/05) nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei afastada é responsável pela inserção da necessidade de representação aos crimes de lesões corporais leves, tipificados anteriormente no Código Penal como crimes de ação penal incondicionada. A Lei 9.099/95, além de modificar tipos penais, introduziu mecanismos despenalizadores como a composição civil, a transação penal e as penas alternativas à reclusão. A discussão sobre seu cabimento aos crimes versados na Lei Maria da Penha embasou-se na falta de resposta efetiva gerada pela má aplicação desses institutos aos casos de violência doméstica, os quais facilitavam a impunidade e a desconsideração da violência doméstica como crime.

A partir da edição da Lei Maria da Penha, definiram-se dois posicionamentos frente ao processamento do crime de lesão corporal leve: a ação penal pública condicionada à representação e a ação penal incondicionada. O impasse surgiu porque a Lei dos Juizados Especiais não alterou o Código Penal, porém, foram inseridos na Lei Maria da Penha dois dispositivos que regulam a representação, art. 12, I e art. 16. Essa indeterminação legislativa, concernente ao conteúdo da Lei 11.340/06, resultou em numerosos processos, inclusive nos tribunais superiores.

O presente trabalho visa situar o debate jurídico sobre a Lei Maria da Penha a partir da decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424 do Supremo Tribunal Federal. Em razão disso, é oportuno mencionar que tal debate chegou a este Tribunal após o julgamento da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pelo Rito da Lei dos Recursos Repetitivos, visando pacificar o entendimento divergente entre as turmas do mesmo órgão. Em fevereiro de 2010, a seção decidiu que o Ministério Público somente estaria legitimado a propor ação penal no crime de lesão corporal leve com a prévia representação da vítima. O Procurador Geral da República, buscando reverter esse entendimento, intentou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) ao Supremo Tribunal Federal (STF). Requereu-se a

concessão de interpretação conforme aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/06, no sentido de determinar a natureza incondicionada da ação penal nos crimes de lesões corporais leves praticadas contra a mulher em ambiente doméstico.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão do dia 09 de fevereiro de 2012, julgou procedente, por maioria de votos - vencido o Presidente, ministro Cezar Peluso – a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424), determinando a possibilidade de o Ministério Público dar início à ação penal sem necessidade de representação da vítima. Na mesma sessão, por votação unânime, o plenário declarou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, ajuizada pela Presidência da República com objetivo de propiciar uma interpretação judicial uniforme dos dispositivos contidos nessa mesma Lei.

Tendo a decisão da ADI 4424 como referência, cumpre questionar se o aumento da interferência estatal é a melhor resposta para o enfrentamento da violência doméstica. Nesse sentido, o presente trabalho busca trazer a tona questões que afetam homens e mulheres. Com efeito, interessa indagar como e até que ponto deve-se respeitar a autonomia da mulher. Com o intuito de protegê-la, podemos negar essa autonomia? O Estado deve prosseguir com uma ação penal mesmo contra a vontade da mulher? Ao adotar tal posicionamento estamos abrindo o leque de proteção ou excluindo aquelas que não almejam a ingerência do sistema penal em seus conflitos?

O debate sobre a Lei Maria da Penha tem se restringido à questão da proteção sem adentrar no problema de o que essa interferência estatal pode significar para a própria mulher. A questão recorrentemente levantada é se a mulher goza de proteção suficiente, porém, o que queremos questionar é se ela goza de autonomia suficiente. Aqui se encontra a relevância dessa pesquisa: trazemos um novo olhar sobre a Lei Maria da Penha, baseamo-nos sobre outros paradigmas, que são, no campo teórico, a Teoria Feminista do Direito, a introdução da discussão de gênero e a manutenção de dualidades na Lei Maria da Penha e, no campo empírico, como esses conceitos se traduzem na decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424 e como eles interferem na autonomia da mulher.

O quadro teórico do estudo foi construído a partir de pesquisas e ensaios acadêmicos sobre temas relevantes ao debate sobre a autonomia da mulher no âmbito da Lei Maria da Penha e de sua aplicação. O desenvolvimento do estudo empírico compreendeu a transcrição das falas dos Ministros na sessão de julgamento da Ação, disponibilizada em vídeo pelo Supremo Tribunal Federal na internet. Os fragmentos dos votos e dos argumentos analisados estão documentados nos quatro apêndices apresentados no trabalho. A interpretação da decisão, pautada nos pontos abordados e nos conceitos construídos no desenvolver do trabalho, buscou a raiz do discurso que deu origem à decisão da ADI 4424. Simultaneamente, objetivou-se um mapeamento e uma interpretação desse debate e de suas questões.

A perspectiva adotada orienta-se pela “ontologia relacional”, pois, visa transcender discursos reducionistas e incluir o gênero como categoria analítica e política para a compreensão das relações sociais entre os sexos. Essa busca se desenvolve através da identificação de como os sujeitos estão sendo constituídos e se constituem cotidianamente por um conjunto de significados. Acreditamos que a leitura bidimensional, fundamentada em categorias fixas como mulher-vítima e homem-agressor, impõe limites à compreensão desse fenômeno múltiplo e complexo. A análise das situações reais da violência doméstica não resiste a um olhar simplificador. Pretendemos, então, sugerir uma abordagem que abranja a complexidade dessa problemática para além dos esquemas dualistas e vitimizadores.

A fim de abarcar as questões propostas, dedicamos a primeira parte do trabalho à revisão de conceitos pertinentes ao debate sobre a Autonomia da Mulher nas análises feministas. Para tal, iniciamos expondo os elementos que compreendem a construção da Teoria Feminista do Direito e embasam a discussão subsequente. Partiremos daí para a análise da literatura sobre violência doméstica, prévia à edição da Lei Maria da Penha, e do conceito trazido pela própria Lei. Inserimos nesse debate a noção de gênero e a crítica à estrutura da Lei que, mesmo tendo incluído este conceito, manteve posturas dualistas sobre os sujeitos por ela regulados. Complementando a revisão enunciada, o conceito de empoderamento será abordado sob o viés feminista. Para tal, explicitamos a construção de seu

significado para este movimento e sua importância no combate à violência doméstica e familiar.

No estudo empírico, que conforma a segunda parte do trabalho, a análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424 foi dividida em três segmentos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal julga jurídica e politicamente. O primeiro é dedicado a um enfoque estritamente legal. No segundo, direcionamos a atenção à teoria de Elena Larrauri (2010) sobre a proteção contra a vontade da vítima – posição que dará embasamento teórico à discussão sobre os argumentos políticos trazidos pela decisão. O terceiro segmento traz a análise de discurso proposta, pela qual buscamos constatar as premissas da decisão, se ela se baseia nas dualidades abordadas anteriormente e, em caso afirmativo, quais as possíveis consequências deste discurso. Somando-se ao debate até então desenvolvido são expostas as considerações finais do trabalho.

1. AUTONOMIA DA MULHER

1.1 Teoria Feminista do Direito

Quando falamos sobre a Teoria Feminista do Direito estamos tratando de um pensamento crítico que vem se desenvolvendo desde a década de 1970 "sobre as epistemologias jurídicas e os fundamentos filosóficos que embasaram o pensamento jurídico ocidental na modernidade e cujos reflexos são visíveis ainda hoje" (CAMPOS, 2011, p. 2). Uma das principais críticas levantadas por essa teoria é a estruturação, desde o surgimento do pensamento liberal clássico, das ciências e disciplinas em torno de dualismos ou pares opostos: racional/irracional, ativo/passivo, razão/emoção. A crítica feminista revelou que essa dicotomia reflete a oposição entre masculino e feminino; as esferas contrastantes são sexualizadas e hierarquizadas e as características relacionadas com o 'masculino' são consideradas superiores. O Direito se identifica com o polo masculino porque se supõe que ele seja racional, objetivo, abstrato e universal.

A teorização do gênero e sua introdução como categoria de análise feminista permitiu vislumbrar que os sistemas conceituais das 'ciências' e das disciplinas acadêmicas são fortemente 'engendrados' – marcados pelo gênero –, razão pela qual a neutralidade científica não passa de mera pretensão. (CAMPOS, 2011, p. 3).

A construção dessa percepção social da diferença de gênero dá-se através de três processos distintos: simbolismo de gênero, estrutura de gênero e identidade de gênero. O primeiro se configura através da atribuição de metáforas dualistas de gênero a diversas dicotomias não necessariamente ligadas ao sexo. A estrutura de gênero remete a divisão do trabalho de acordo com o gênero, e por último, a identidade de gênero refere-se à construção da subjetividade. "Como sistema simbólico, a diferença de gênero é a origem mais antiga, universal e poderosa de muitas conceituações moralmente valoradas de tudo o que nos rodeia" (HARDING APUD CAMPOS, 2011, p.3).

Dessa forma, discorre Campos (2011), se o gênero está ligado a esses três aspectos, as doutrinas jurídicas acabam sendo criadas em um contexto social permeado pelo gênero e pela subjetividade dos doutrinadores envolvidos no processo. Conseqüentemente, a doutrina jurídica opera no simbolismo do gênero, lançando mão de inúmeras metáforas dualistas sobre o feminino e o masculino. Ao

mesmo tempo, o Direito faz parte do processo de constituição das relações de gênero na medida em que estabelece conceitos normativos que põem em evidência as interpretações dos símbolos para afirmar o sentido categórico dos feminino e masculino, como se fosse fixo e não conflituoso.

Judith Butler (2010, p.18), transladando o pensamento de Foucault para a teoria feminista, “observa que os sistemas jurídicos de poder produzem os sujeitos que subsequentemente passam a representar”. Dessa forma, as noções jurídicas de poder tendem a regular a vida política em termos puramente negativos, ou seja, por meio de limitação, proibição, regulamentação, controle e mesmo proteção dos indivíduos relacionados àquela estrutura política.

Porém, em virtude de a elas estarem condicionados, os sujeitos regulados por tais estruturas são formados, definidos e reproduzidos de acordo com as exigências delas. Se esta análise é correta, a formação jurídica da linguagem e da política que representa as mulheres como “o sujeito” do feminismo é em si mesma uma formação discursiva e efeito de uma dada versão da política representacional. E assim, o sujeito feminista se revela discursivamente constituído –, e pelo próprio sistema político que supostamente deveria facilitar sua emancipação, o que se tornaria politicamente problemático, se fosse possível demonstrar que esse sistema produza sujeitos com traços de gênero determinados em conformidade com um eixo diferencial de dominação, ou os produza presumivelmente masculinos. Em tais casos, um apelo acrítico a esse sistema em nome da emancipação das “mulheres” estaria inelutavelmente fadado ao fracasso. (BUTLER, 2010, p.18-19)

A questão levantada por Butler é a mesma de Zaffaroni quando argumenta que “a única coisa certa é que ninguém pode crer seriamente que sua discriminação será resolvida pelo mesmo poder que a mantém, ou que um maior exercício do poder discriminante resolverá os problemas que a discriminação tem criado¹” (ZAFFARONI, 1992, p. 6). O Direito só se transformará em instrumento de mudança quando incorporar as perspectivas daqueles que exclui, nesse caso, a perspectiva feminista.

¹ Tradução nossa de “lo único cierto es que nadie puede creer seriamente que su discriminación será resuelta por el mismo poder que la sostiene, o que un mayor ejercicio del poder discriminante resolverá los problemas que la discriminación ha creado”.

Analisar o direito ou categorias jurídicas a partir de uma perspectiva feminista implica em trazer para o centro de análise ‘as mulheres’². Dessa forma, formular as questões sob o ponto de vista feminino constitui um método de análise feminista, objetivando trazer à tona as implicações de gênero nas práticas sociais e nas normas jurídicas. Carmem Campos (2011, p.8) pondera que “a questão supõe, ainda, que algumas características da lei podem não apenas serem neutras em termos gerais, mas especificamente masculinas”. A partir disso, deve-se tanto expor essas características, como elas operam e sugerir correções como confrontar a lei internamente, questionando quais mulheres a lei exclui ou prejudica. Somente assim “evita-se o essencialismo e se reconhece que o gênero é um dos marcadores que associado a outros (raça/etnia, situação econômica, educação, etc.), confere diferentes opressões e subordinações às mulheres” (CAMPOS, 2011, p.8).

Esse debate, como veremos adiante, perpassa a formulação do conceito de violência, que sofreu forte influência da inserção do gênero como categoria feminista de análise. Para isso, faremos uma digressão histórica das principais correntes teóricas sobre conceito de violência, genericamente chamada, violência contra as mulheres.

1.2 Violência de Gênero e Violência Doméstica

1.2.1 As principais correntes teóricas.

Dentre as principais referências teóricas das Ciências Sociais na área de violência contra as mulheres no Brasil, Cecília MacDowell Santos e Wânia Pasinato Izumiro (2005, p.2) destacam três correntes teóricas: a dominação masculina, a dominação patriarcal e a corrente relacional.

A primeira, que denominamos de *dominação masculina*, define a violência contra as mulheres como expressão da dominação da mulher pelo homem,

² Fala-se em “as mulheres” porque uma das quebras de paradigma efetuadas pelas feministas contemporâneas refere-se a condição do sujeito do feminismo. Essa crítica visava desconstruir o conceito essencialista de mulher que buscava uma identidade feminina universal. Passou-se a considerar as mulheres na sua diversidade, onde o gênero se entrecruza com outras categorias, como raça, etnia, geração, sexualidade e capacidade, construindo um sujeito complexo e plural. Essa realidade pressupõe a instabilidade das categorias, que traz consigo a possibilidade de deslocamento discursivo. (CAMPOS, 2011)

resultando na anulação da autonomia da mulher, concebida tanto como “vítima” quanto “cúmplice” da dominação masculina; a segunda corrente, que chamamos de *dominação patriarcal*, é influenciada pela perspectiva feminista e marxista, compreendendo violência como expressão do patriarcado, em que a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino; a terceira corrente, que nomeamos de *relacional*, relativiza as noções de dominação masculina e vitimização feminina, concebendo violência como uma forma de comunicação e um jogo do qual a mulher não é “vítima” senão “cúmplice”.

A principal referência da primeira corrente é Marilena Chauí, que concebe a violência como expressão de uma “normalidade” social que converte diferenças em desigualdades hierárquicas com fins de dominação, exploração e opressão. Também a define como a ação que trata o ser dominado como “objeto”, o qual é caracterizado pela inércia, pela passividade e pelo silêncio. As mulheres são consideradas seres para os outros, sem autonomia³. (SANTOS; IZUMIRO, 2005)

A segunda corrente foi introduzida no Brasil pela socióloga Heleieth Saffioti, que usa o conceito dominação-exploração para explicar a violência sofrida pelas mulheres. Ela pondera que

[...] no exercício da função patriarcal, os homens detêm o poder de determinar a conduta das categorias sociais nomeadas, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que se lhes apresenta como desvio. Ainda que não haja nenhuma tentativa, por parte das vítimas potenciais, de trilhar caminhos diversos do prescrito pelas normas sociais, a execução do projeto de dominação-exploração da categoria social homens exige que sua capacidade de mando seja auxiliada pela violência. Com efeito, a ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais aos ditames do patriarca, tendo esta necessidade de fazer uso da violência. (SAFFIOTI, 2001. p.115)

Esta autora, diferentemente de Chauí, não concebe a mulher como cúmplice da violência, porque acredita que as mulheres estão inseridas em um contexto social que considera o poder masculino algo objetivo. Ele perpassa todas as relações sociais, traduzindo-se em estruturas hierarquizadas, situando-se, dessa forma, “aquém da consciência, o que exclui a possibilidade de se pensar em cumplicidade feminina”. (SAFFIOTI, 2001. p.119)

A terceira corrente é representada pela autora Maria Filomena Gregori. Ela critica a “construção de dualidades – como “macho” culpado e mulher “vítima” – para

³ Ver GREGORI, 1993.

facilitar a denúncia e indignação”, pois esse pensamento ignora o fato de que “os relacionamentos conjugais são de parceria e que a violência pode ser também uma forma de comunicação, ainda que perversa, entre parceiros”. (GREGORI, 1992, p. 134)

Gregori não pensa a violência conjugal como uma luta de poder, e sim como um “jogo relacional”, ou seja, “uma forma de comunicação em que homens e mulheres conferem significados às suas práticas” (SANTOS; IZUMIRO, 2005, p. 7). Nesse sentido, a mulher tem autonomia e protagoniza cenas de violência conjugal, sendo cúmplice e reprodutora dos papéis de gênero que acabam por fomentar essa violência. Contudo, ressalta a autora, que

[...] é o corpo de mulher que sofre maiores danos, é nela que o medo se instala. (...) O difícil para esse tipo de vítima é exatamente o fato de que ela coopera na sua produção como um não-sujeito . Isto é, ela ajuda a criar aquele lugar no qual o prazer, a proteção ou o amparo se realizam desde que se ponha como vítima. Esse é o “buraco negro” da violência contra a mulher: são situações em que a mulher se produz – não apenas é produzida – como não-sujeito (GREGORI, 1992, p. 184).

A partir dessa relativização do binômio dominação-vitimização feita por Gregori, começou-se a se utilizar a expressão “mulheres em situação de violência” ao invés de “mulheres vítimas de violência”, pois se passou a questionar a categoria vítima, colocada em uma posição apenas passiva e a reconstruir discursivamente a mulher na relação violenta. O debate de elaboração da Lei Maria da Penha aderiu à expressão “mulheres em situação de violência” e reestruturou o conceito de violência, como será discutido a seguir, inserindo definitivamente a análise de gênero na esfera da Lei.

1.2.2 Lei Maria da Penha e a introdução legislativa do conceito de gênero

A Lei Maria da Penha define a violência doméstica⁴ e familiar como qualquer ação ou omissão que se baseia no gênero, e tem como formas de manifestação a

⁴ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

morte, a lesão, o sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Dessa forma, a violência doméstica seria uma das espécies da violência de gênero.

Segundo Dias “para se chegar ao conceito de violência doméstica é necessária à conjugação dos artigos 5º e 7º⁵ da Lei Maria da Penha”. O art. 5º é insuficiente, pois utiliza expressões vagas. A violência doméstica se configura, portanto, quando praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independente da orientação sexual da vítima. (DIAS, 2010, p. 51). Heleieth Saffioti, por seu turno, distingue a violência doméstica da familiar⁶, dizendo que

[...] enquanto na segunda a violência recai exclusivamente sobre membros da família nuclear ou extensa, não se restringindo, portanto ao território físico do domicílio, cabem na primeira vítimas não parentes consanguíneas ou afins. Estão neste caso empregadas domésticas, ainda como uma forte presença dentre as vítimas de violência sexual cometida por seus patrões, e afilhadas(os) e agregadas(os), vivendo parcial ou integralmente no domicílio no qual o agressor é o *pater familias* (SAFFIOTI, 2001, p.131).

A categoria gênero, que determina o conceito de violência doméstica da Lei Maria da Penha, foi inserida nos estudos feministas brasileiros no final dos anos

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

⁵ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

⁶ A autora usa a expressão “intrafamiliar”

oitenta. O conceito de gênero, “entendido como construção social do masculino e do feminino e como categoria de análise das relações entre homens e mulheres” (SANTOS; IZUMIRO, 2005, p. 3), passou a ser utilizado para compreender as complexidades da queixa. Cria-se, isto posto, uma nova perspectiva no estudo das questões relativas às mulheres e uma nova terminologia para discutir o fenômeno da violência, qual seja, violência de gênero. Segundo Santos e Izumiro (2005, p.10-11)

Enquanto o paradigma do patriarcado pressupõe papéis sociais rígidos condicionados culturalmente pelas diferenças biológicas entre o homem e a mulher, a nova perspectiva de gênero enfatiza a diferença entre o social e o biológico. Gênero é definido como uma relação socialmente construída entre homens e mulheres, servindo como categoria de análise para se investigar a construção social do feminino e do masculino.

Para uma melhor análise da expressão, podemos começar pela sua definição: gênero é tanto um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, quanto uma maneira primária de significar relações de poder. Como define Scott (1990, p.16) “o gênero é o primeiro campo no seio do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado”.

Estabelecidos como um conjunto objetivo de referências, os conceitos de gênero estruturam a percepção e a organização concreta e simbólica de toda a vida social. Na medida em que estas referências estabelecem distribuições de poder (um controle ou um acesso diferencial às fontes materiais e simbólicas), o gênero torna-se envolvido na concepção e na construção do poder em si mesmo. (SCOTT, 1990, p.16)

Stela Cavalcanti ressalva que embora o álcool, as drogas e o ciúme sejam apontados como fatores precipitantes da violência doméstica,

[...] a raiz do problema está na maneira como a sociedade valoriza o papel masculino nas relações de gênero. Isso se reflete na forma de educar os meninos e meninas. Enquanto os meninos são incentivados a valorizar a agressividade, a força física, a ação, a dominação e a satisfazer seus desejos, inclusive os sexuais, as meninas são valorizadas pela beleza, delicadeza, sedução, submissão, dependência, sentimentalismo, passividade e o cuidado com os outros (CAVALCANTI, 2007, p.54).

Consequentemente, a violência é tachada como manifestação tipicamente masculina, seu instrumento de resolução de conflitos. Tornando, inclusive, “socialmente aceita” sua utilização.

Os papéis ensinados desde a infância fazem com que meninos e meninas aprendam a lidar com a emoção de maneira diversa. Os meninos são ensinados a reprimir as manifestações de algumas formas de emoção, como amor, afeto e amizade, e estimulados a exprimir outras, como raiva, agressividade e ciúme. Essas manifestações são tão aceitas que muitas vezes acabam representando uma licença para atos violentos. (CAVALCANTI, 2007, p.54)

Consoante discussão conceitual sobre violência de gênero, ressalvam Santos e Izumiro (2005), que seu significado não foi devidamente explorado. A expressão é utilizada, muitas vezes, como mero sinônimo de violência contra a mulher, causando imprecisões conceituais.

Cavalcanti (2007, p.40) considera que violência de gênero é aquela praticada em razão de discriminação. No mesmo sentido, o Comitê da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contras as mulheres⁷, uma das fontes internacionais citadas pela Lei em comento, define essa violência. Na Recomendação Geral 19 sobre violência, o Comitê explicitou que a violência de gênero é uma forma de discriminação dirigida às mulheres por serem mulheres e que as afeta desproporcionalmente, impedindo-as de gozar de direitos em igualdade com os homens. Essa violência se manifesta em atos que causam sofrimento ou dano físico, mental e sexual, em ameaças de tais atos, coerção ou outras privações de liberdade.

A relação entre discriminação e violência que a Recomendação estabelece confirma o entendimento da violência doméstica como discriminatória nas relações de conjugalidade porque é dirigida às mulheres, pelo simples fato de serem mulheres, isto é, a violência como um ato discriminatório de gênero. Ao fazer essa importante vinculação, a Lei reforça o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres e da violência específica contra as mulheres como uma forma de discriminação (...). (CAMPOS, 2011, p.176)

Para fins desse trabalho, prefere-se a utilização de Violência de Gênero, pela amplitude do conceito, e pela inclusão do paradigma de gênero, acrescentando tanto a busca pela raiz do problema quanto o leque de possíveis soluções. A Lei Maria da Penha, mesmo trazendo esse conceito, o fez a partir do paradigma da “violência contra a mulher”, fechando possibilidades de ressignificações. Nesse sentido, tem-

⁷ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CEDAW. Disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>.

se como necessária a discussão das dualidades no âmbito da Lei e possíveis soluções a esse engessamento pelo diálogo.

1.3 A Lei Maria da Penha e a manutenção de dualidades no contexto das relações de gênero.

A violência doméstica é um fenômeno múltiplo e complexo, não sendo possível compreendê-lo a partir de uma leitura bidimensional, fundamentada em categorias fixas como “mulher-vítima” e “homem-agressor”. Isso não significa que nos cenários de violência não existam vítimas e agressores, ou que não haja grupos mais vulneráveis a certos tipos de violência. Contudo, as experiências de violência nas relações íntimas são “vastamente diferenciadas, tanto na forma, intensidade, frequência, quanto nos contextos, nos significados e nos impactos que produzem” (SOARES, 2012, p. 192). A ideia de que o motor da violência está na dominação de gênero (contida na própria expressão “violência contra a mulher”) reduz um problema por natureza complexo e dinâmico a um fenômeno estático e de causalidade única.

O conceito “violência contra a mulher” tornou-se uma espécie de paradigma, a partir do qual se fundou uma teoria geral sobre a violência doméstica baseada em um tipo ideal de vítima da violência entre parceiros íntimos – a mulher dominada, subjugada, agredida recorrentemente, violentada, humilhada, cerceada e desqualificada, cujas características passaram a se estender a toda e qualquer mulher em contexto doméstico violento. Com base nesse paradigma, passou-se a ver “a mulher que apanha” e o “homem que agride” como seres monolíticos, meramente repetidores de comportamentos padronizados e identificados na totalidade a seus respectivos papéis.

Embora correspondendo à minoria das histórias reais, a situação da esposa indefesa, apassivada, submetida cotidianamente ao poder arbitrário e tirânico de seu parceiro masculino, aterrorizada e paralisada diante de suas ameaças e agressões, transformou-se na matriz universal de todas as violências vividas por mulheres. (SOARES, 2012, p. 197).

Esse discurso, composto por elementos genéricos, abstratos e impessoais, tem sido incapaz de incorporar a singularidade e a diversidade das histórias

concretas individuais. Consequentemente, produziu-se um tipo ideal bastante consistente e condizente com parte dos casos reais de violência, mas longe de cobrir a diversidade dos casos.

Na melhor das hipóteses, essa narrativa pode ser adotada e repetida, mas dificilmente apropriada e reelaborada livremente pelas mulheres que ela pretende beneficiar. Assim, impedindo a reelaboração não tutelada de suas narrativas sobre si mesmas, sobre a relação e sobre a violência, e com o pretexto de “empoderar” as vítimas face aos seus opressores, acaba-se por vedar-lhes um dos mais importantes recursos capazes de promover uma mudança na autopercepção e, consequentemente, na posição frente ao parceiro. (SOARES, 2012, p. 201).

A cristalização de papéis e identidades gerada pela definição de uma matriz universal da violência doméstica acaba por privilegiar certos tipos de intervenções no enfrentamento das agressões. As formas adotadas em vários países, inclusive no nosso, tem se restringido a proteger as vítimas de um lado – o que é indispensável – e, de outro, endurecer as punições para os agressores, como instrumentos jurídicos e políticos no combate da impunidade. “A ideia de que algumas noites ou meses passados em uma cela possam transformar um autor de violência doméstica em uma pessoa mais pacífica e respeitosa aos direitos alheios não parece muito realista.” Soares (2012, p.199) ressalta que, por esse motivo, deve-se começar a avaliar os impactos reais da prisão, “em vez de continuarmos atuando como se a privação de liberdade, frequentemente indesejada pelas próprias mulheres agredidas, fosse um fim em si mesmo e uma solução adequada à violência conjugal”.

Esse discurso se baseia na consideração de que o “*locus* da violência são os próprios homens” (SOARES, 2012, p.202), dessa forma, eles devem ser punidos e afastados de qualquer espaço de diálogo. Se a violência doméstica suprime a comunicação e expressa a impossibilidade de reconhecimento do outro, o caminho buscado para combatê-la radicaliza essas consequências.

A nova lei, seguindo a perspectiva do paradigma da violência contra a mulher, excluiu as vias de diálogo, escuta, renegociação de pactos, reconhecimento de responsabilidades ou reparação. Reforçou, ao contrário o engessamento das imagens e das autoimagens, reduzindo, portanto, as chances de que a passagem pelo sistema de justiça criminal possa produzir autorreflexão ou mudança efetiva de

perspectiva e atitude. Apostando na via da litigância e, com o propósito de restaurar a capacidade decisória das vítimas, acabou por subtrair a legitimidade de suas escolhas, em troca do acolhimento no sistema de proteção. (SOARES, 2012, p. 205)

Acreditamos, por outro lado, na dinâmica da comunicação como facilitadora de reconfiguração de identidades. É no processo de interação que se formam e transformam subjetividades, pois, sob o olhar do outro e do olhar sobre o outro que se estruturam as imagens e os estereótipos que acabam por fomentar violências concretas ou simbólicas. Soares (2012, p. 206) pondera que “conseqüentemente, é também nas relações entre sujeitos individuais e coletivos que se situa o espaço privilegiado, senão o único possível, de desconstrução dessas projeções imaginárias e das reações a que elas dão lugar”.

Logo, qualquer que seja a natureza da violência, se desejamos eliminá-la ou reduzi-la, é preciso, entre outras coisas, uma mudança de percepção de quem agride a respeito da pessoa ou da categoria de pessoas passíveis de serem agredidas. Em termos concretos, isso significa que é quando o perpetrador reformula a imagem que tem de uma determinada mulher ou das mulheres em geral, que a violência contra ela e contra elas, pode se tornar inconcebível. (SOARES, 2012, p. 207)

Dessa forma, se queremos eliminar a violência é necessária a mudança de percepção de quem agride face à pessoa agredida, todavia, não existe essa possibilidade fora de um processo dialógico.

Trabalhando-se apenas uma das partes da relação violenta, não se redefine a relação, seja ela marital, filial ou a que envolve outras personagens. Há, pois, que investir na mudança não só das mulheres, mas também dos homens. (SAFFIOTI, 2001, p. 122)

Partindo desse mesmo pressuposto, Soares (2012) acredita que uma alternativa que deveria ser explorada é a criação de espaços⁸ em que homens possam expressar suas visões, expectativas e sofrimentos em seus próprios termos, fora dos enquadramentos pré-definidos do discurso da violência contra a mulher e mulheres possam contar suas experiências livremente, atribuindo significados próprios, sem serem deslegitimadas pelo discurso político. Nesses espaços, homens

⁸ A autora acredita na possibilidade de criação de espaços de discussão mistos, em que vítimas poderiam manifestar suas próprias narrativas diante de profissionais e autores de violência que não seus próprios agressores.

e mulheres juntos poderiam operar deslocamentos em suas subjetividades, criando possibilidades de uma comunicação não violenta.

Consideramos esse foco mais coerente e comprometido com a eliminação da violência doméstica, pois além de empoderar as mulheres por permitir que estas exponham sua visão sem recortes, possibilita ao agressor uma mudança de percepção relativamente às mesmas. A partir disso, merece destaque o conceito de empoderamento, pois a execução da Lei Maria da Penha e seu procedimento legal não pode estar desvinculada desse processo indispensável à saída das mulheres da situação de violência.

1.4 Empoderamento

O termo empoderamento, derivado do inglês *empowerment*, foi utilizado por diversas ciências sociais com intuito de estudar as relações de poder, relacionando-se com os interesses dos despossuídos de poder, no sentido de impulsionar mudanças na cultura e na estrutura da sociedade. Nesse sentido geral, “empoderar-se significa que as pessoas tomem o controle de suas vidas, a habilidade de fazer coisas e definir seu próprio destino”⁹ (LEON, 1997, p.3).

Um aspecto que sobressai ao analisarmos a palavra “empoderamento” é esta derivar da palavra “poder”. Dessa forma, seu uso busca chamar a atenção para as relações de poder e do poder como relação social. Segundo Léon, são múltiplas as formas de se relacionar com o poder, podendo significar dominação, assim como desafio e resistência às fontes de poder, servindo para obter controle sobre elas. (LEON, 1997, p. 8)

O conceito de empoderamento atualmente é uma das bases dos movimentos feministas, mas não deixa de apresentar variações. Dessa forma, a determinação de um conceito pleno de significado foi uma das tarefas das feministas dos anos noventa. Young (APUD LEON, 1997, p.), por exemplo, coloca que o empoderamento

⁹ Tradução nossa de “Empoderarse significa que las personas adquieran el control de sus vidas, logren la habilidad de hacer cosas y de definir sus propias agendas.”

para o feminismo implica “uma alteração radical dos processos e das estruturas que reproduzem a posição subordinada das mulheres como gênero¹⁰”.

A partir desses debates, três autores - Molyneux, Moser e Young - construíram as bases do conceito atual de empoderamento. Molyneux constatou que os interesses das mulheres não são homogêneos, dividindo-se em interesses práticos e estratégicos, sendo a destinação dos últimos a emancipação da mulher. Já Young dividiu-os em condição e posição da mulher, de forma que o primeiro refere-se a suas condições materiais de vida e o segundo ao status da mulher em relação ao homem.

A grande questão a ser considerada é que a melhora da condição da mulher não eleva sua posição por si só, podendo ser considerada como ferramenta para isso quando impressa de um caráter político. A partir dessa construção teórica, surgiu a noção de empoderamento como instrumento para a tomada de consciência pelas mulheres da sua posição de subordinação e como ferramenta política para mudança dessas estruturas sociais de subordinação.

Magdalena León (1997) se baseia na obra de Rowlands para diferenciar quatro tipos de poder: *poder sobre*, *poder para*, *poder com* e *poder de dentro*. O primeiro é o conceito tradicional de poder, no qual o aumento de poder de um implica a perda do poder de outro. É representativo da capacidade de alguém de auferir resultados ainda que contra a vontade dos demais. Esse poder de controlar as decisões pode se manifestar tanto em conflitos observáveis quanto na pura supressão da discussão em um potencial conflito. Nesse caso, diz-se que “o poder sobre também se expressa na capacidade de decidir sobre o que se decide”¹¹ (LEON, 1997, p.11). Não tomar decisões, nesse sentido, também implica a presença de um poder, o qual León denomina *poder invisível*. Esse poder se manifesta pela supressão de informações, pela manipulação na busca de evitar conflitos abertos.

¹⁰ Tradução nossa de "una alteración radical de los procesos y estructuras que reproducen la posición subordinada de las mujeres como género"

¹¹ Tradução nossa de “el *poder sobre* también se expresa en la capacidad de decidir sobre qué se decide”

Ainda há um terceiro tipo de *poder sobre*, gerado pela negação de interesses reais.

Essa noção de poder se baseia na ideia de que o comportamento dos grupos é essencialmente estruturado e modulado pelos padrões culturais e pelas práticas institucionais. Os atores (dominantes e dominados) podem não estar cientes das dimensões opressoras e incapazes de se imaginar assumindo alternativas de ser e ter.¹² (KABBER APUD LEÓN, 1997, p.11)

Esse tipo de *poder sobre* é o que determina a gravidade da desigualdade de gênero em uma sociedade, pois o oprimido que não é consciente de sua opressão não encontra motivos para lutar contra essa situação.

Este tipo de poder sobre é o mais penetrante porque evita a expressão do conflito e faz impossível que se conceba uma situação diferente: o status quo é visto como a expressão natural ou divina das coisas e por tanto não se considera possível sua transformação¹³. (LEON, 1997, p.11)

Ao considerar o *poder sobre* um instrumento de mudança, as feministas abriram a possibilidade de resistência, diminuindo assim a posição vitimizante das mulheres.

As demais formas de poder – *para, com e de dentro* – são aditivas, ou seja, o incremento do poder de um, aumenta o poder de todos. O *poder para* é como um catalisador da mudança, quando alguém promove a ação de outros; o *poder com* surge quando um grupo age conjuntamente, somando forças, forças essas que podem ser superiores à soma das partes individuais; e, o *poder de dentro* é um poder interno de cada pessoa, que pode ser externado como a capacidade de resistir ao poder dos outros de decidir contra a própria vontade.

Em suma, os processos de empoderamento são, para as mulheres, um desafio à ideologia patriarcal visando transformar as estruturas que reforçam a discriminação de gênero e a desigualdade social. O empoderamento, dessa forma, entende-se como um processo de superação da desigualdade de gênero. Busca-se que as mulheres reconheçam que há uma ideologia que legitima a dominação masculina e que entendam que

¹² Tradução nossa de “Esta noción de poder se basa en la idea de que el comportamiento de los grupos es esencialmente estructurado y modulado por los patrones culturales y por las prácticas institucionales. Los actores (dominantes y dominados) pueden ser inconscientes de las dimensiones opresivas e incapaces de imaginarse en tomar alternativas de ser y tener.”

¹³ Tradução nossa de “Este tipo de poder sobre es el más penetrante porque evita la expresión del conflicto y hace imposible que se conciba una situación diferente: el status quo se ve como la expresión natural o divina de las cosas y por lo tanto no se considera posible su transformación”.

esta ideologia perpetua a discriminação. Se a subordinação tem sido vista pela ideologia patriarcal como natural, é difícil que a mudança parta espontaneamente da condição de subordinação. Nesse sentido, o empoderamento é induzido e daí a importância de criar consciência da discriminação de gênero. Isso significa que as mulheres modifiquem a imagem de si mesmas e as crenças sobre seus direitos e capacidade e desafiem os sentimentos de inferioridade. Facilitar as condições que permitam ou induzam essas mudanças é o papel dos agentes externos¹⁴(LEON, 1997, p.13-14).

O empoderamento da mulher é ao mesmo tempo um desafio às relações familiares patriarcais e um empoderamento dos homens no sentido material e psicológico, já que, como coloca León, “a mulher tem acesso a recursos materiais em benefício de sua família e da comunidade (...), e também permite novas experiências emocionais aos homens e os libera de estereótipos de gênero”¹⁵ (LEON, 1997, p.14).

Dessa maneira, o empoderamento gera uma mudança na tradicional dominação dos homens sobre as mulheres, quanto ao controle de seus corpos, sua sexualidade, sua mobilidade, o abuso físico e a violação sem castigo, o abandono e as decisões unilaterais masculinas que afetam a toda a família (LEÓN, 1997).

Como entende Pasinato (2007, p.12), o empoderamento deve ser visto como um processo, cujo desenrolar deve ser facilitado por políticas públicas, mas pelas mulheres conquistados, na medida em que compreendem seu lugar na sociedade e sua capacidade de mudança. Essa conquista, todavia, deve ser vista como uma realização de direitos da cidadania e não como mera experiência individual.

¹⁴ Tradução nossa de “En suma, los procesos de empoderamiento son, para las mujeres, un desafío a la ideología patriarcal con miras a transformar las estructuras que refuerzan la discriminación de género y la desigualdad social. El empoderamiento, por lo tanto, se entiende como un proceso de superación de la desigualdad de género. Se busca que las mujeres reconozcan que hay una ideología que legitima la dominación masculina y que entiendan que esta ideología perpetúa la discriminación. Si la subordinación ha sido vista por la ideología patriarcal como natural, es difícil que el cambio parta espontáneamente de la condición de subordinación. En este sentido, el empoderamiento es inducido y de allí la importancia de crear conciencia de la discriminación de género. Ello significa que las mujeres modifiquen la imagen de sí mismas y las creencias sobre sus derechos y capacidades y desafien los sentimientos de inferioridad. Facilitar las condiciones que permitan o induzcan estos cambios es el papel de los agentes externos.”

¹⁵ Tradução nossa de “la mujer logra acceder a recursos materiales en beneficio de la familia y la comunidad, (...), y también debido a que se permiten nuevas experiencias emocionales para los hombres y lo libera de estereotipos de género”

A mulher, isso posto, empodera-se quando reconhece sua situação de opressão e passa a fortalecer-se internamente a partir da construção de estratégias e da aquisição de habilidades que a ajudam na conquista da autonomia e da liberdade.

Tomando como base/pressupostos os pontos abordados e os conceitos construídos neste capítulo, passamos à análise da decisão do Supremo Tribunal Federal a partir dos votos e dos argumentos levantados na sessão de julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424.

2 LEI MARIA DA PENHA E A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INSCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4424¹⁶ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 Interpretação conforme dos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/06

A grande polêmica do Projeto de Lei 4559/04 que introduziu Lei Maria da Penha no cenário legislativo brasileiro foi a discussão sobre a incidência ou não da lei 9099/95 aos crimes de violência doméstica contra a mulher. Conforme se verifica pela redação do art. 41¹⁷, o Legislativo acabou optando pela sua exclusão, não mais considerando a violência doméstica como de menor potencial ofensivo, mas sim como uma violação dos direitos humanos.

Todavia, os artigos 12¹⁸ e 16¹⁹ versam sobre o procedimento da representação e renúncia²⁰, criando uma incerteza sobre qual deve ser o

¹⁶ A ADI 4424 foi julgada juntamente com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, que tinha por escopo cessar a polêmica quanto à constitucionalidade da Lei Maria da Penha por apresentar destinatário de sexo específico. Não entraremos no mérito desta discussão por não se tratar do foco deste trabalho e por considerarmos a discussão da constitucionalidade superada. Concordamos que se fazia necessária uma lei que tratasse especificamente da violência doméstica. Em termos de efetividade, a construção de uma lei voltada para o problema feminino é salutar. Apenas como ressalva, nossa preocupação está na margem que uma lei que determina sua vítima como sendo somente a mulher pode abrir para julgamentos sexistas e marcados pela desigualdade gênero dos próprios julgadores. Até que ponto podemos garantir que as interpretações que estão sendo dadas à lei não estão revitimizando a mulher, reafirmando seu papel passivo, incapaz, subordinado e fraco que buscamos através dessa mesma lei extirpar?

¹⁷ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. (BRASIL, 2006)

¹⁸ Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previsto no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
 II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
 III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;
 IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
 V - ouvir o agressor e as testemunhas;
 VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
 VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;
 II - nome e idade dos dependentes;
 III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

processamento dos crimes de lesão leve no âmbito da lei 11.340/06. A partir da edição da Lei Maria da Penha, e frente a este conjunto de dispositivos, duas posições se formaram acerca da natureza da ação penal no crime de lesão leve: ação pública condicionada à representação e ação pública incondicionada.

Após inúmeros processos questionando a natureza da ação penal, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando a questão em recurso especial julgado pelo rito da Lei de Recursos Repetitivos²¹, entendeu necessária a representação da vítima para propositura da ação penal. A inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95, segundo a decisão, somente diz respeito aos institutos despenalizadores da Lei (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo).

A partir disso, o Procurador Geral da República intentou Ação Direta de Inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal buscando a interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/06, no sentido que a Lei 9.099/95 não se aplica, em nenhuma hipótese, aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha e de que o crime de lesões corporais de natureza leve, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

O objeto do julgamento, dessa forma, era analisar se a lesão leve praticada contra a mulher em ambiente doméstico ensejaria tratamento igualitário às lesões em geral, tendo como necessária a representação. A decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424, ao fazer sua interpretação conforme dos artigos 12, I, 16 e 41 da referida lei, indagou, num primeiro momento, qual seria o significado jurídico da exclusão da Lei 9099/95 do seu âmbito de aplicação.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde. (BRASIL, 2006)

¹⁹ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 2006)

²⁰ A Lei Maria da Penha fala em renúncia à representação quando deveria constar retratação da representação. Renúncia, na esfera penal, significa não exercer o direito de representar, enquanto a retratação é desistir da representação oferecida anteriormente. Dessa forma, nas citações em que os autores utilizam o termo renúncia, entende-se retratação.

²¹ Lei 11.672/2008.

O Ministro Marco Aurélio, relator da decisão ora analisada, em seu voto considerou que, como a Lei 9099/95 não deu nova redação ao Código Penal, houve simples previsão, no bojo da própria lei, condicionando à representação as lesões corporais leves e culposas²². Consequentemente, uma vez excluída a Lei 9099/95 do âmbito da Lei Maria da Penha, passa então a vigorar a legislação anterior a esta, ou seja, o Código Penal, que não prevê esse procedimento. Ele acrescenta que

[...] a não se concluir dessa forma, nós teremos que declarar a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, no que afasta peremptoriamente, sem exceção, a aplicação da 9.099, porque foi a 9.099, a meu ver até mesmo fragilizando o instituto da lesão corporal leve ou culposa, que introduziu no cenário normativo a necessidade de representação. Porque antes, quanto aos cidadãos em geral, não havia essa necessidade (APÊNDICE A, p. 67).

Dessa forma, os artigos 12, I e 16, que versam sobre a representação na lei, estariam relacionados somente aos casos em que o crime em tela necessitasse de representação. Ainda coloca o Ministro Relator *“que permanece a necessidade de representação para crimes versados em leis diversas da 9099/95, tais como os de ameaça e os cometidos contra os costumes”* (APÊNDICE A, p. 64).

Doutrinariamente, no mesmo sentido, Fausto Rodrigues de Lima considera que a Lei Maria da Penha afastou completamente a aplicação da Lei 9099/95, *“fulminando, por consequência, seu art. 88, que exigia representação para os crimes de lesão corporal “leve”*”.

Para que não sobrassem dúvidas, a LPM aumentou a pena do crime de lesão qualificado pela violência doméstica (art. 129, §9º, CP). Dessa forma, mesmo que o art. 88 não tivesse sido revogado – e foi – não pode ser considerada “leve” uma lesão qualificada pela violência doméstica, pois o critério médico-legal original do Código Penal só se refere às denominadas lesões graves dos parágrafos anteriores (§1º, §2º e §3º). Assim, em nenhuma hipótese deve ser exigida representação das vítimas do sexo feminino. (LIMA, 2012, p.279)

Essa interpretação da lei considera da exclusão da Lei 9099/95 no âmbito de aplicação da Lei 11.340/06 uma opção legislativa pelo uso da redação do Código Penal quanto ao tipo de ação nos casos de lesão corporal, desconsiderando inclusive o adjetivo “leve” uma vez que se trataria de lesão qualificada. Nesse

²² Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. (BRASIL, 1995)

sentido, Lima vai além de outros doutrinadores que defendem o retorno à ação penal incondicionada exclusivamente por força do art. 41 da Lei, como Marcelo Lessa Bastos e Belmiro Pedro Welter. Cavalcanti acrescenta que

[...] parece irretorquível que a partir da vigência da Lei nº 11.340/06 retornou a ação penal a ser pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leves, desde que perpetradas no âmbito familiar ou doméstico contra a mulher. Reintegra-se a vigência do art. 100 do CP, que impõe a ação penal pública incondicionada como regra geral. Por esse motivo não mais se aplica a decadência ao direito de representação, art. 38 do CPP, à violência doméstica física – lesão corporal (CAVALCANTI, 2007, p. 187).

Verifica-se, nesse sentido, que os crimes passíveis de retratação seriam somente aqueles caracterizados pela violência psicológica, como, por exemplo, o crime de ameaça ou o de injúria.

O artigo 16 foi pensado para abolir retratações (que a Lei denomina renúncia) extrajudiciais e tácitas, popularizadas nos Juizados Especiais Criminais (JECrim). Perigosamente, alguns têm usado o dispositivo para obrigar as vítimas a participar de uma audiência para ratificar a representação anteriormente prestada na polícia. Outros o invocam erroneamente para exigir representação das vítimas do crime de lesão corporal, conforme dramático julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça em 24/02/2010. (LIMA, 2011, p. 274)

Nesse entendimento, o artigo 16 serviria para dificultar a retratação nos casos de crimes com processamento mediante representação. Dessa forma, a audiência referida na lei ocorreria mediante o preenchimento de dois requisitos: crime de ação penal condicionada à representação e manifestação voluntária da vítima pela retratação. Consequentemente, é completamente descabido o procedimento, realizado por alguns Juizados, de contatar a vítima para que esta ratifique a representação. Esse procedimento está consubstanciado na Lei 9099/95, que prevê a realização de audiência preliminar para conciliação e composição dos danos. O artigo 16 funcionaria, isto posto, como um instrumento para que o juiz fiscalize a retratação para que ela não ocorra por ingerência e força do agressor.

Essa preocupação com a retratação viciada da vítima também perpassa o voto do Relator, que citando Stela Cavalcanti aponta

[...] que o índice de renúncia chega a alcançar 90% dos casos, e que isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas

ao fato de vislumbrar uma possibilidade, vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, do agressor, quando na verdade o que acontece é a reiteração de procedimentos, e pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subseqüente. (APÊNDICE A, p. 60)

O Ministro Marco Aurélio acrescenta que

[...] não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive, a violência provocar o receio, o temor, o medo de represálias.

Esvazia-se, esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao aqui previsto na Constituição Federal, especialmente no parágrafo 8º do respectivo artigo 226, no que, admitido que, verificada a agressão com lesão corporal, embora leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o, e ao menos se prevê de forma limitada a oportunidade, antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo preceito do artigo 16 da lei em comento, o ato à audiência do Ministério Público. (APÊNDICE A, p. 63).

Sob o viés contrário, temos a posição de Damásio de Jesus, que logo após a promulgação da lei, analisou a questão da representação nos crimes de lesão corporal leve. Ele entende que a Lei 11.340/06 não pretendeu transformar a ação penal desse crime em pública incondicionada, pois contraria a tendência brasileira de admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e retira da mulher a possibilidade e os instrumentos trazidos pela lei para extirpar os males de certas situações familiares. Ele avalia que o

[...] propósito da lei foi o de excluir da legislação a permissão da aplicação de penas alternativas, consideradas inadequadas para a hipótese, como a multa como única sanção e a prestação pecuniária, geralmente consistente em “cestas básicas” (art. 17). O referido art. 88 da Lei 9099/95 não foi revogado nem derogado. Caso contrário, a ação penal por vias de fato e lesão corporal comum seria também pública incondicionada, o que consistiria em retrocesso legislativo inaceitável. Além disso, de ver-se o art. 16 da Lei nº 11.340/06: não teria sentido falar em renúncia à representação se a ação penal fosse pública incondicionada (JESUS, 2006, p.88).

O doutrinador ainda cita o *Guide for Law Enforcement Official on “Effective Responses to Violence against Women”*²³, que diz que “a autodeterminação das

²³ Ver Pasinato, Wânia. Universidade de São Paulo. p.48

mulheres deve ser um dos princípios que norteiam a atividade policial e da Justiça Criminal”. (JESUS, 2006, p.89)

Essa posição, que vinha sendo aplicada desde 2010 – vide a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.097.042²⁴ –, defende que, afastada a aplicação da lei nº 9.099/95, o legislador apenas quis eliminar a possibilidade de se aplicar os instrumentos despenalizadores nela contidos, não tendo, essa modificação, atingido a natureza da ação para tais crimes, que continuaria sendo pública condicionada a representação.

No mesmo sentido, Pedro Rui Fontoura Porto acrescenta que

[...] em uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 11.340/06, antes citados, poder-se-ia concluir que o afastamento da Lei 9.099/95 é determinação genérica, relativa, precipuamente, aos institutos despenalizadores alheios à autonomia volitiva da vítima – a transação e a suspensão condicional do processo – ordinariamente vistos como institutos essencialmente despenalizadores e, como reiteradamente aplicados de forma benevolente, granjearam a má fama de serem benefícios causadores da impunidade. Entretanto, a representação continua exigível nos crimes de lesões corporais (PORTO, 2006, p.15).

A análise conjunta do artigo 41 com o 16 “revela que a intenção fundamental do legislador não era afastar a exigibilidade de representação e sim evitar, doravante, a aplicação de penas pecuniárias em caso de delitos praticados com violência contra a mulher” (PORTO, 2006, p. 16). O objetivo do art. 41 ao excluir a Lei 9099/95 era impedir que os benefícios criados por essa lei despenalizadora fossem transpostos aos agressores no âmbito da violência doméstica, fazendo com

²⁴ REsp 1.097.042, julgada pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/08) pela 3.^a Seção do STJ, diante dos inúmeros recursos que chegavam ao Tribunal sobre esse ponto da lei. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA. 1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima. 2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras. 3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada. 4. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1.097.042/DF, 3.^a Seção, data do julgamento 24.02.2010, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho)

que a pena não mais atendesse às finalidades repressiva e reflexiva. Carla Campos Amico (2007, p. 1) vai mais além ao afirmar que a representação

[...] não constitui instituto despenalizador, tampouco “benefício”, mas condição de procedibilidade da ação penal pública prevista no sistema processual penal bem antes da Lei nº 9.099/95 e que tem em vista privilegiar a pessoa e a vontade da vítima e não a figura do autor do fato.

A Lei nº 11.340/2006 foi criada para propiciar à vítima mulher a discricionariedade de avaliar a necessidade da intervenção do Estado em sua relação doméstica e familiar. Dessa forma, somente uma leitura apressada do artigo 41 poderia levar à conclusão de que, afastada a aplicação da Lei nº 9.099/95, o crime de lesão corporal leve voltaria a ser de ação penal pública incondicionada, como era antes da entrada em vigor da referida Lei.

A opção por um sistema legal rígido no tocante à violência doméstica e familiar contra a mulher não autoriza o intérprete a ler o que a lei não quer dizer; observar o que o regramento não quer mostrar e interpretar a ponto de inviabilizar ou restringir o alcance e a eficiência da lei. (AMICO, 2007, p.2)

Ainda no mesmo sentido, Maria Berenice Dias atesta que tanto a necessidade de a vítima representar persiste que essa manifestação de vontade é tomada a termo quando é feito o registro da ocorrência. “Trata-se de condição para o desencadeamento da investigação policial.”²⁵(DIAS, 2010, p. 158)

Quanto à retratação da vítima, Maria Berenice ressalta que a audiência só deve ser designada se houver manifestação da vítima no sentido de se retratar. “Não cabe ao juiz designar audiência para questionar sobre o desejo de renunciar à retratação.” (DIAS, 2010, p.144)

Todavia, ela constata que, mesmo que não falte lógica ao raciocínio daqueles que sustentam que a ação é incondicionada, há necessidade de se atentar ao próprio objetivo da Lei Maria da Penha e ao seu caráter muito mais protetivo à vítima do que punitivo ao seu agressor.

²⁵ Analogamente, Leda Maria Hermann ressalva que é indispensável a representação da ofendida, conforme o exposto no inciso I do artigo 12, salvo obviamente nos crimes de ação penal pública incondicionada como homicídio tentado ou consumado, lesão corporal grave, gravíssima e seguida de morte. (HERMANN, 2007, p.159-160)

Na hora do acertamento das questões de ordem familiar, a possibilidade de retratar a representação adquire um efeito simbólico. Confere à vítima certo “poder de barganha” frente ao agressor, pois está nas suas mãos a possibilidade de ele ser processado, condenado, preso ou absolvido sem qualquer registro de antecedentes. Esse “empoderamento” da vítima restabelece o equilíbrio da relação. (DIAS, 2010, p.161)

Desse modo, a mulher dispõe da possibilidade de dar prosseguimento ou não à ação, rompendo o ciclo de violência. Nada mais acertado do que a colocação da autora, pois a Lei Maria da Penha considerada como instrumento de empoderamento pela mulher se traduz na forma mais eficaz de resolver definitivamente seu problema. O objetivo da Lei Maria da Penha não é encarcerar o maior número de agressores e sim retirar da situação de violência o maior número de mulheres.

Em termos legais, ambas posições são coerentes. Entretanto, o papel da lei é oferecer estratégias para o empoderamento feminino, que será conquistado quando a mulher, por si própria, reconhecer sua situação de opressão e compreender sua capacidade para mudar a situação existente.

2.2 A mulher deve ser protegida contra sua vontade?

Segundo Elena Larrauri, em estudo de mesmo título feito sobre a situação da mulher frente ao direito penal espanhol, os principais argumentos daqueles que defendem a proteção da mulher mesmo contra sua vontade são a concepção do caráter público do direito penal e de sua conseqüente indisponibilidade para a vítima, a imagem pública da mulher maltratada e a dificuldade em admitir-se que há casos em que existe um conflito de interesses entre o sistema penal e a vontade das mulheres que denunciam.

O primeiro argumento levantado leva em consideração que a vítima poderia ter sentimento de vingança ou ser benevolente em relação ao agressor, não podendo, dessa forma, influir na pena do agressor. Baseia-se em uma concepção clássica que distingue ilícito de delito, definindo, a partir desses dois conceitos, os interesses afetados por ambos. O ilícito afetaria interesses particulares, enquanto o

delito afetaria interesses públicos. Indo em sentido contrário ao desta posição, estaria o modelo de justiça restauradora que tende a admitir uma maior participação da vítima no processo, com a finalidade de democratizar o sistema penal, e dar uma maior legitimidade a ele. A autora defende, nesse caso, que a tomada de decisão não pode depender da presunção de que a vítima seja mais ou menos punitiva. (LARRAURI, 2008, p. 168).

Em segundo lugar, com a ênfase dada aos casos de maior gravidade, cria-se uma imagem da mulher com grave risco para sua vida, impondo uma lógica de proteção.

Assim resulta impossível reconhecer sua autonomia, posto que, como afirma o tópico, se impõe outorgar proteção para “evitar que a matem” (observa-se como a mulher passou ocultamente a ser propriedade do juiz). Ademais da ênfase nos casos de maior gravidade, coexiste também uma incompreensão do comportamento da mulher, o qual projeta uma determinada imagem pública de irracionalidade da mulher maltratada que se torna, eventualmente, em crítica²⁶. (LARRAURI, 2008, p. 170-171)

Por último, essa pressão para que as mulheres denunciem faz com que o sistema penal seja o primeiro recurso de todos os casos de maus tratos, não considerando a gravidade deste e muito menos as necessidades da mulher ofendida. Além disso, cria um conflito, pois culpabiliza a mulher quando ela procura o sistema por qualquer coisa, ou quando quer voltar atrás. Entretanto é o Poder Público que “as dirige ao sistema penal de modo uniforme, como requisito para ter acesso aos recursos necessários para sua proteção, e especialmente sem informar [as mulheres] sobre o que este sistema implica”²⁷ (LARRAURI, 2008, 172).

Falta, segundo a posição de Larrauri (2008, p. 173), que se dirijam campanhas de prevenção à violência aqueles grupo de mulheres que não pretendem utilizar-se do sistema penal. Essas mulheres devem dispor de outros

²⁶ Tradução nossa de “Así resulta imposible reconocer su autonomía, puesto que, como afirma el tópico, se impone otorgar protección para “evitar que me la matem” (obsérvese cómo la mujer ha pasado a ser subrepticamente propiedad del juez).

Además del énfasis en los casos de mayor gravedad, coexiste también una incompreensión del comportamiento de la mujer, lo cual proyecta una determinada imagen pública de irracionalidad de la mujer maltratada que se torna, eventualmente, en rechazo.”

²⁷ Tradução nossa de “las dirige al sistema penal de modo uniforme, como requisito para acceder a recursos necesarios para su protección, y especialmente sin informar sobre lo que este sistema conlleva.”

mecanismos de proteção pelo Estado. “Insistir que, para se obter proteção, deve-se passar inexoravelmente pelo sistema penal é confundir os objetivos, que não é o de conseguir maior número de denúncias, e sim maiores cotas de proteção”²⁸.

O sistema penal opera somente com uma lógica: a mulher maltratada deve separar-se e querer a punição do agressor²⁹ (LARRAURI, 2008, p. 174). Dessa forma, nem todos os casos conduzidos ao sistema penal obterão respostas adequadas às necessidades da mulher envolvida. Diante disso, uma das respostas da mulher poderá ser se retirar da ação.

Em vez de apresentar a mulher que usa o sistema penal como um ator que está ativamente buscando soluções, se apresenta a mulher que usa o sistema penal (que denuncia e logo pretende retirar sua denuncia ou não testemunhar contra seu agressor) como uma pessoa que “não sabe o que quer”, e com isso contribui para alimentar o mito da irracionalidade da mulher, o qual, tendo em vista as respostas contraditórias do sistema penal, ainda mais injusto.³⁰ (LARRAURI, 2008, p. 182).

Larrauri (2008, p. 174) conclui que a desconsideração da vítima, a imagem de irracionalidade da mulher maltratada, a pressão para que as mulheres denunciem e o caráter autoritário do sistema penal causaram uma desqualificação geral da mulher. É necessário, desse modo, que sua proteção não seja implementada a despeito de sua autonomia.

Passando à análise dessa questão no âmbito do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, os principais argumentos autorizadores dessa proteção a despeito da vontade da mulher são o princípio da dignidade humana, a norma expressa do parágrafo 8º³¹ do art. 226 da Carta de 1988 e a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

²⁸ Tradução nossa de “Insistir en que para acceder a esta protección debe pasarse inexorablemente por el sistema penal es confundir los objetivos, que no es el de conseguir mayor número de denuncia, sino mayores cotas de protección.”

²⁹ Tradução nossa de “el sistema penal opera sólo con una lógica: la mujer maltratada debe separarse y querer el castigo del agresor”

³⁰ Tradução nossa de “En vez de presentar a la mujer que usa el sistema penal como a un actor que está activamente buscando soluciones, se presenta a la mujer que usa el sistema penal (que denuncia y luego

³¹ § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

Um dos argumentos ressaltados na decisão é o tratamento da violência doméstica como uma afronta à dignidade da pessoa humana. A ministra Rosa Weber ressalva que

[...] exigir da mulher agredida que, a fim de dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, colocando-a em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta, sem dúvida, a meu juízo, contra própria dignidade da pessoa humana, valor fundante da nossa República. (APÊNDICE C, p.71).

O Ministro Marco Aurélio, analisando o princípio de forma integral, em seu voto sustenta que

[...] Compõem o contexto revelador da dignidade humana o livre agir, a definição das consequências de certo ato. Essa premissa consubstancia a regra; mas, para confirmá-la, existe a exceção. Por isso mesmo, no âmbito penal, atua o Ministério Público, na maioria dos casos, sem que se tenha como prescindível representação, bastando a notícia do crime. No tocante à violência doméstica, há de considerar a necessidade da intervenção estatal, requerida pela Carta da República (APÊNDICE, p.62).

Desse modo, mesmo entendendo que a dignidade humana se revela pelo livre agir, o ministro considera o caso da mulher uma exceção. Cabe destacar o argumento contrário levantado pelo Ministro Cezar Peluso ao expor seu voto no julgamento da ação:

Então, para marcar minha posição, não como uma mera oposição à douta maioria, mas quero deixá-la como uma advertência para o legislador, que, no caso, segundo todas as presunções, tinha boas razões para dar caráter condicionado à ação penal. Em outras palavras: eu não posso supor que o legislador tenha sido, neste caso, leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, porque isso foi decorrência de várias audiências públicas, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia, das relações humanas, que evidentemente trouxeram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal com caráter condicionado. E mais: acho que ela deixa transparecer uma coisa importante, não obstante o ministro Ricardo Lewandowski tenha aludido a eventual existência, que pode até ser, vamos dizer, quase regra, na grande maioria dos casos, do vício da vontade da mulher ofendida, mas também não podemos dizer que isso seja uma regra de caráter absoluto, que muitas mulheres não fazem a delação, não levam notícia crime por uma decisão que significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do seu destino.

Isso é uma dimensão que não pode ser descurada, o ser humano se caracteriza exatamente por ser sujeito da sua história. A capacidade que ele tem de se decidir por um caminho! E isso, me parece, que transpareceu a edição desta norma, dessas duas normas agora contestadas (APÊNDICE, p.74-75).

O Ministro tocou em um ponto chave no seu voto discordante, ao defender que a autonomia da mulher é necessária à efetivação do princípio da dignidade humana. Maria Lúcia Karam, em sentido análogo, acrescenta que “a proibição de uma conduta que atenta contra a pessoa não pode servir para tolher, ainda que indiretamente, a liberdade dessa mesma pessoa que a norma pretende proteger”.

A mulher tem direito de ter respeitada sua dignidade de forma ampla, e não somente em parte. Não se pode tirar dela o exercício desse direito, que é um dos mais caros a nossa Constituição, com o intuito de se fazer respeitar o mesmo princípio sob outro aspecto – o de não sofrer violência. Tirar do âmbito volitivo da mulher a decisão sobre seu futuro e o de sua família é igualmente uma ofensa grave a sua dignidade. Assim, a realização de direitos fundamentais não convive com o óbice aos anseios e aos direitos dos titulares dos bens tutelados juridicamente.

2.2.2 Proibição da proteção deficiente

A proteção deficiente, assim como o excesso estatal, é concebida como uma violação do princípio da proporcionalidade. Ela ocorre, dessa forma, quando há uma omissão do poder público no cumprimento de um imperativo constitucional. O Procurador-Geral da República (BRASIL, 2010, p. 18) sustenta que

[...] a ofensa ao princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de lesões corporais tidas por leves, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, tornando vulneráveis bens jurídicos da mais alta importância – vida, saúde e ausência de discriminação contra a mulher.

No julgamento, esse mesmo argumento é utilizado pela Ministra Rosa Weber, no sentido que a representação dificulta a eficiente proteção da mulher. Rosa Weber refere que

[...] a eficácia dos mecanismos destinados a assegurar à mulher suficiente proteção contra violência doméstica, resultaria fortemente prejudicada se condicionada a persecução penal à representação da ofendida, diante das condições especiais em que são perpetrados os atos de violência doméstica, tal condicionamento, a meu juízo, implicaria privar a vítima de proteção satisfatória a sua saúde e segurança. (APÊNDICE C, p. 71-72)

Em sentido análogo, o Ministro Marco Aurélio considera que a ação penal incondicionada não gera antagonismos na relação, protegendo-a de agressões intimidatórias. O Ministro defende que

[...] quando nós afastamos a necessidade da representação, nós não colocamos em situação de inferioridade a própria mulher, nós não geramos o antagonismo, considerada a relação mulher, marido/mulher, companheiro/companheira. Aí sim nós a protegemos, a protegemos porque, não deixamos pairar no ar algo que, a rigor, levará a uma agressão moral ou mesmo uma agressão física em termos de intimidação pelo próprio agente, companheiro. Sopesando valores, eu penso que o valor maior a se resguardado é o valor que direciona à proteção da mulher. E o Estado não a protege, quando exige que ela adote uma postura de antagonismo em relação àquele que já se mostrou um agressor, representando contra ele. (APÊNDICE A, p.68).

Na doutrina encontramos posições que convergem com o exposto, como Welter (2007, p. 167-168), que acrescenta que

[...] a proteção integral e absoluta à mulher não será dada pela subjetividade do intérprete, porquanto se estaria continuando com o falso preconceito, com a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, de que a mulher tem a plena liberdade de renunciar a ofensa à sua incolumidade física. Não é que a mulher tenha sido considerada incapaz, porque a realidade social demonstra que ela sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, monetarizada, motivo pelo qual o legislador optou em transformar o crime de lesão corporal leve em ação penal pública incondicionada, não permitindo a renúncia à representação (WELTER, 2007, p.167-168).

Maria Berenice Dias, em texto recente no qual brevemente comenta a decisão, a despeito da posição expressa em seu livro, traduz o pensamento de grande parte dos grupos feministas brasileiros que comemorou o resultado da ADI 4424. Ela coloca que a necessidade representação significa “um obstáculo à efetivação do princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, pois a proteção da vítima seria incompleta e deficiente, uma violência simbólica à cláusula pétrea da República Federativa do Brasil” (DIAS, 2012, p.137)

O único voto discordante traduz a preocupação de alguns, de que a impossibilidade de estancar a ação penal inibiria a vítima de denunciar a violência, pois muitas vezes o registro era feito com intenção correccional. No entanto, não serve a lei para tal desiderato. Diante de um ato que configura violência física, sexual, moral, psicológica ou patrimonial cabe a busca de medida protetiva. No entanto, quando algumas dessas práticas tipificam delito que enseje o desencadeamento de ação penal pública incondicionada, não há como deixar ao exclusivo encargo da vítima a responsabilidade pela instalação da ação penal. (DIAS, 2012, p.136)

A autora se refere ao voto do Ministro Cezar Peluso que advertiu que, com o novo processamento, existe a possibilidade de intimidação da mulher em denunciar porque ela não vai mais poder influir no desenvolvimento da ação penal, nem vai poder paralisá-la.

[...] alega-se que terceiros poderão fazê-lo, mas a notícia de terceiros é sempre excepcional. Essa violência se dá desde sempre no âmbito doméstico, e é de conhecimento apenas das pessoas da família. Há casos, vamos dizer, marginais, que, pela brutalidade, isso extravasa os muros da residência e chega ao conhecimento de vizinhos. Mas isso não significa necessariamente uma condição de eficácia porque, se vai da dependência de notícia de terceiros, é correr o risco de não haver notícia alguma. (APÊNDICE D, p. 74)

A preocupação do Ministro é relevante, pois, excepcionalmente, há testemunhas nesse tipo de violência, e a mulher, por não querer a persecução penal do agressor, agora poderá deixar, inclusive, de procurar formas de apoio em familiares e Organizações não governamentais criadas para prestar auxílio às mulheres em situação de violência. Pois, como ficará a confiança entre as mulheres que buscam orientação e as profissionais dessas entidades, sabendo as primeiras que suas vidas estarão nas mãos das segundas, vez que podem denunciar o companheiro da mulher orientada, mesmo contra a vontade destas? Tornar a ação penal incondicionada poderá trazer de volta a barreira do silêncio que a Lei 11.340/06 objetiva extirpar.

Ainda, no âmbito da decisão, cabe expor o trecho no qual o Ministro Marco Aurélio cita Leda Maria Hermann

[...] “reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica em validar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos, trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela” (APÊNDICE A, p. 63).

Todavia, por se tratar de autora que defende posição contrária à decisão do Supremo, ou seja, que a ação penal, nos casos de lesão corporal de natureza leve, processa-se mediante representação, acrescento a parte final do referido parágrafo, no qual ela nos mostra qual o verdadeiro sentido da citação:

[...] respeitadas sempre sua personalidade, vontade e alteridade, ressalvados os casos em que não disponha a vítima, em razão da idade – caso de crianças e adolescentes – ou de deficiência ou doença mental, condições psíquicas para exercer com plenitude seus direitos e outros atos da vida civil (HERMANN, 2007, p. 84).

A proteção, isto posto, se distingue da tutela, vez que a proteção não pressupõe um agente incapaz. Dessa forma, ao proteger a mulher é necessário respeitar sua autonomia. Karam pondera que

[...] é preciso sempre ter cuidado com os mecanismos que, sob o pretexto de tutelar ou proteger determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis ou mais vulneráveis, acabam por inferiorizar tais grupos, acabando por instrumentalizar a materialização de concepções discriminatórias (KARAM, 2006, p.2).

Na decisão proferida, entretanto, a pretensa proteção concedida à mulher ao tornar a ação penal incondicionada, acabou por tirar desta a possibilidade de autodeterminação. O Estado acaba assumindo o controle das vidas dessas mulheres, o que não deixa de ser uma forma de violência. Como colocado por Larrauri (2008), a mulher passou a ser propriedade do juiz.

Quando aceitamos que a mulher pode ser protegida contra sua própria vontade ela passa a ser assim objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora, tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria. (KARAM, 2006, p.2)

Amico (2007, p.2) acrescenta que a prevenção e a repressão da violência doméstica e familiar não serão obtidas com a alteração da ação penal de pública condicionada para pública incondicionada nos crimes de lesão corporal leve ou culposa praticadas contra a mulher, e sim, “pela existência de medidas de assistência e de proteção ao alcance das ofendidas que desejarem a intervenção estatal”. As delegacias da mulher, na realidade hoje existente no Brasil – em que pouquíssimas capitais têm centros de referência para a mulher –, representam a

primeira, senão única, opção para buscar ajuda. Dessa forma, não se pode culpá-las por buscar ajuda nesses espaços e ao mesmo tempo não querer a persecução penal de seu agressor, e muito menos se pode passar por cima delas e de suas necessidades inserindo o sistema penal dentro de suas vidas.

Retomando o pensamento de Elena Larrauri, as mulheres que recorrem ao sistema penal nem sempre o fazem buscando castigo, em diversas ocasiões, por múltiplas razões instrumentais, o fazem “pois o recurso ao sistema penal é um elemento a mais das múltiplas estratégias que usa a vítima para negociar com o agressor e conseguir determinadas melhoras em sua situação”³² (LARRAURI, 2008, p. 179).

Uma vez denunciado o agressor, a retratação, para as mulheres pode significar um instrumento para negociar com o parceiro os termos da relação “com vistas à manutenção, transformação ou dissolução da relação conjugal”, já “na ótica institucional, a suspensão da queixa reforça uma visão policial de que a violência contra as mulheres não é crime” (IZUMIRO; SANTOS, 2005, p.9). Embora a denúncia possa concretizar a dualidade vítima-agressor, a retratação mostra que a mulher confere um significado distinto da vitimização através da manipulação da representação. Dessa forma, a instituição policial participa indiretamente da negociação dos acordos conjugais que ocorrem no ambiente familiar.

Para algumas mulheres o empoderamento diante da violência nas relações conjugais pode estar representada na possibilidade de romper a relação violenta e construir uma nova vida longe do parceiro agressor. Para outras, ao contrário, o maior investimento de poder reside na possibilidade de provocar mudanças profundas na situação vivenciada, acabando com a violência sem a necessidade de romper a relação. (PASINATO, p. 12, 2007).

A Lei Maria da Penha deve servir para ambas situações, pois se diferente for, o legislador e, nesse caso, mais precisamente, o judiciário terá escolhido proteger somente parte da população feminina que sofre violência, e, isso sim, fere a isonomia. Na hipótese de um episódio de violência doméstica em que a mulher

³² Tradução nossa de “pues el recurso al sistema penal es un elemento más de las múltiples estrategias que usa la víctima para negociar con el agresor y conseguir determinadas mejoras en su situación.”

represente contra o companheiro, mesmo não querendo separar-se dele, as chances de uma efetiva resolução do conflito serão muito maiores caso a vítima tenha sua faculdade de fazer uso, como instrumento de negociação, do direito de livrar o agressor do processo criminal. “Esta arma, que pode ser utilizada para exercer pressão psicológica, acaba por assegurar o equilíbrio das partes. Literalmente, a sorte do varão está nas mãos da mulher, invertem-se os papéis”. (DIAS, 2010, p.157)

A retratação utilizada pela mulher como instrumento de pressão é a expressão maior do empoderamento feminino, pois demonstra que ela percebendo-se oprimida, começou a buscar instrumentos para resolução de seu conflito. Consequentemente, o argumento de que todas as mulheres que se retratam o fazem por pressão do agressor é altamente reducionista. Existem inúmeras outras possibilidades que podem impelir a mulher a abandonar a ação após a denúncia, entre elas, como exposto anteriormente, quando a mulher não encontra no sistema penal respostas adequadas as suas necessidades.

Conforme a discussão travada, respondendo a pergunta inicial, a mulher não deve ser protegida contra a sua vontade, o que acabará ocorrendo com a aplicação da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entendemos a necessidade do respeito à autonomia da mulher, vez que a lei deve servir a todas as mulheres em situação de violência, e não somente aquelas que querem se separar de seus companheiros agressores. Além disso, as políticas públicas devem facilitar o empoderamento das mulheres, processo que deve ser por elas conquistados na medida em que compreendem seu lugar na sociedade e sua capacidade de mudança.

Tendo em vista as dualidades que se mantiveram na Lei, nos propomos a analisá-las no âmbito do discurso da decisão. Cabe, ainda, a análise da incompreensão dos agentes estatais sob dois vieses – utilizada como argumento e percebida na discussão da sessão de julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424.

2.3 Análise de discurso

2.3.1 Reafirmação de dualidades

A manutenção de dualidades no texto da Lei Maria da Penha, analisada no primeiro capítulo, pode também ser observada no discurso dos Ministros na discussão da sessão de julgamento da ADI, como por exemplo, na fala do Ministro Marco Aurélio quando argumenta sobre a retratação.

Acho que nos termos de proteção, a gradação é maior se abirmos o leque, se admitirmos que não há necessidade de a notícia crime ser dada mediante uma representação, sem formalidades maiores pela mulher. Ai ela terá uma proteção maior. Por quê? Porque as estatísticas demonstram que em 90% dos casos em que ocorre essa representação, há o recuo, foi quando eu disse: recuo mediante uma “livre manifestação de vontade”? Aos 65 anos eu não acredito mais em Papai Noel. (APÊNDICE A, p. 67)

O paradigma da “mulher que apanha”, retomando o pensamento de Soares (2012), está tão internalizado socialmente, inclusive nos poderes estatais, que qualquer outra tese levantada é de pronto desconsiderada em nome da proteção das mulheres indefesas e paralisadas diante das ameaças e agressões do seu parceiro. Soares critica a forma com que a doutrina e a política associam a violência doméstica exclusivamente à dominação de gênero, onde os sujeitos passivos e ativos são rigidamente determinados.

Continuamos, no Brasil, a encarar tais fatos sob prisma único, estruturado em categorias rígidas e em atores sempre iguais a si mesmos, como na definição da “mulher-vítima” e do “homem-agressor”. Desenvolvemos análises (e políticas) baseadas em definições estáticas e em conceitos rígidos, correndo o risco, com isso, de aprisionar os indivíduos nos lugares dos quais supostamente queremos libertá-los, perdendo de vista, assim, exatamente o que é vivo na experiência social. (SOARES, 2012, p.197-198)

Outro aspecto da fala do Ministro a ser considerado é o dado empírico levantado. Cabe a crítica de Soares (2012), que pondera o fato de que os poucos dados empíricos existentes sobre a violência doméstica na sociedade brasileira são números e percentuais formados a partir da interpretação, classificação e moldagem das experiências vividas pelas mulheres que passaram por hospitais e delegacias à teoria geral da violência. Consequentemente, as narrativas que chegam ao público já estão contaminadas pelos filtros institucionais.

A postura vitimista, que permeia todo o voto do Ministro Relator – exemplificado pelo trecho abaixo transcrito –, baseia-se na premissa que gênero é destino.

Deixar, digo eu, a cargo da mulher autora da representação, a decisão sobre o início da persecução penal, significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria, a assimetria de poder decorrente de relações histórico culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção, e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão. (APÊNDICE A, p.64)

Esse discurso pressupõe um conceito rígido de gênero, o que impede a ressignificação das relações de poder. A Ministra Carmen Lúcia, ao descrever porque ocorrem as retratações, disse “*porque o homem voltou para casa e colocou para ela que ia sair, de alguma forma ameaçou, é isso que acontece.*”. (APÊNDICE B, p. 69) O que a Ministra acaba de propor é que não existe nenhuma outra possibilidade que faça uma mulher retratar a representação já oferecida. O que buscamos, ao criticar esse tipo de postura é desconstruir a noção de que gênero é destino, pois acreditamos que ela não ajuda a resolver o problema das mulheres que vivenciam a realidade da violência. Saffioti pondera que a categoria gênero “não constitui uma camisa de força, não prescrevendo, por conseguinte, um destino inexorável” (SAFFIOTI, 2001, p. 125).

Quando, nos termos do paradigma da violência de gênero, dizemos “Denuncie o crime cometido por seu parceiro porque você é vítima de violência contra a mulher”; quando afirmamos que uma mulher é vítima de violência porque foi alvo de determinadas agressões, físicas ou psicológicas identificadas internacionalmente a partir de critérios instituídos no diálogo político entre profissionais e ativistas; quando reiteramos que essa violência é resultante da dominação masculina e que se a vítima não se reconhece nesse quadro explicativo é porque ela está manifestando os sintomas da submissão de gênero, estamos oferecendo uma narrativa pronta, fechada e circular. Na melhor das hipóteses, essa narrativa pode ser adotada e repetida, mas dificilmente apropriada e reelaborada livremente pelas mulheres que ela pretende beneficiar. (SOARES, 2012, p. 201-202)

O discurso pré-fabricado, embora adequado a determinados casos, é impermeável a contradições e paradoxos que são a marca da existência humana. Discurso que, no limite, acaba por silenciar e afastar as próprias mulheres que busca proteger.

Não se trata mais, é claro, do discurso imposto à vítima por aquele ou aquela que a silencia, agride, desqualifica, humilha e degrada na arena da relação violenta. Mas é também um discurso que faz calar, na medida em que fala pela vítima, substituindo suas narrativas e percepções, congelando sua imagem em uma nova configuração – evidentemente muito mais positiva do que a anterior, mas que, ainda assim, desautoriza-a como produtora de um enredo próprio. A definição das experiências vividas se mantém, dessa forma, fora do campo discursivo de seus agentes, ancorada nas organizações públicas e privadas que se incumbem da produção e da manutenção de um discurso universal sobre a violência. As mulheres vítimas de violência se convertem, assim, no objeto encapsulado pelo discurso que as produziu. (SOARES, 2012, p. 201)

Os homens não são tratados diferentemente na decisão, eles personalizam a discriminação contra a mulher, como se encarcerando os autores de violência doméstica e os afastando de suas companheiras estivéssemos resolvendo, de pronto, a desigualdade de gênero no Brasil. Vide a constatação do Ministro Fux, que acredita que mesmo as mulheres não conhecendo o conteúdo da lei e a consequência prática de tornar a Lei Maria da Penha incondicionada, os agressores sabem.

mas o que ocorre, como salientou a Ministra Carmem Lúcia, a vida cotidiana é que as mulheres sofrem essa violência, tem inibição e não sabem qual a espécie da ação, se é pública condicionada. Mas eu acho que os homens sabem, o ofensor sabe, então na verdade esse efeito que impede uma eventual retratação ele é mais intimidatório do que a possibilidade de retratação. (APÊNDICE B, p. 69)

Aqui surge a maior crítica de Soares, com a qual estamos de acordo. Ela avalia que

[...] não é difícil prever que o discurso criminalizante, ao congelar os indivíduos em identidades unívocas, contribua para acirrar as resistências à mudança, no lugar de favorecê-las, uma vez que, além de devolver aos homens a imagem refletida de um agressor de mulheres, separa em dois campos adversários justamente os personagens que poderiam modificar a cena, desde que interagindo para a construção de pontes, isto é, ensaiando trocas simbólicas que possibilitem a transformação dos olhares, das imagens, das disposições, enfim, das posições ocupadas no tabuleiro das relações. (SOARES, 2012, p. 203)

Tanto para homens quanto para mulheres envolvidos em relações violentas entendemos que o comportamento não se modifica, verdadeiramente, sem uma transformação no nível da subjetividade. Vale observar que com mera repressão “estaremos produzindo, na melhor das hipóteses, pacificações artificiais de curto prazo e a camuflagem de violências que, provavelmente, eclodirão no futuro ou em outras áreas da convivência” (SOARES, 2012, p.208).

A discussão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e a decisão que sobreveio a esta reafirmaram dogmas vitimizadores e desconsideraram a natureza complexa das relações humanas. A desconsideração política da vontade da mulher e a idealização do homem autor de violência a personificação da discriminação da mulher colocam freios a uma mudança de paradigma, necessária ao progresso da aplicação Lei 11.340/06 na redução da violência.

2.3.2 A incompreensão dos agentes estatais

Um dos argumentos levantados pela doutrina e pelos Ministros, no julgamento, para tornar a ação penal nos casos de lesões leves incondicionada, e que merece ser contestado, é a má aplicação da lei pelos operadores do direito e agentes policiais. Quando da edição da Lei Maria da Penha, os juízes insistiam em intimar a mulher para inquirir se esta pretendida manter a ação penal e inúmeros processos foram anulados no caso de inexistência da referida audiência. Essa medida, prevista na Lei dos Juizados Especiais, assim como os demais institutos despenalizadores da Lei, foi afastada pelo artigo 41 da Lei 11.340/06, mas continuava sendo aplicada pelo descaso do judiciário com a violência doméstica, como elucida o trecho abaixo.

Lima (2011, p. 284) apresenta decisão lamentável do Tribunal de Justiça de São Paulo “que anulou a condenação de um marido para que a justiça não perca tempo com mulheres que, como profetizava Nelson Rodrigues, gostavam de apanhar”. O texto afirmava:

[...] o art. 16 é claro – claríssimo – que a audiência é *conditio sine qua non* para a ação penal contra o agressor, para que não se perca tempo com pessoas que não tem amor próprio, ou não sabem o que querem,

amoldando-se ao célebre e triste vaticínio de Nelson Rodrigues (TJSP, HC 11586743/6-00, julgado em 21/02/2008).

Essa não importância dada à violência doméstica acaba desestimulando a mulher a processar seu companheiro agressor. Parece, aqui, que tornando a lei incondicionada se busca proteger as mulheres contra os operadores do Direito, que por preconceito pessoal, acreditam que a violência deve permanecer entre paredes e que talvez a mulher realmente seja a culpada pela agressão sofrida. Pretende-se, dessa forma, que os operadores apliquem a Lei Maria da Penha, já que agora não podem mais dissuadir a mulher de manter a ação penal.

Entretanto, não é argumento para a mudança de processamento da Lei, primeiro porque torná-la incondicionada não mudará, de forma efetiva, o comportamento dos agentes do Estado, problema que só será contornado com o treinamento dos profissionais que irão trabalhar com mulheres em situação de violência. Segundo porque não serão os aplicadores do direito que sofrerão as consequências dessa mudança, e sim, a sociedade. Situação em que mulheres em situação de violência, podem, inclusive, ser revitimadas pelo controle estatal sobre suas vidas.

Nesse particular, ainda antes da edição da lei, Santos e Izumiro (2005) sustentaram que a vitimização, embora questionável do ponto de vista teórico, era instrumento necessário para a sensibilização dos agentes estatais. “Na ótica institucional, a suspensão da queixa reforça uma visão policial de que a violência contra as mulheres não é crime.” (Santos; Izumiro, 2005, p.9). Assim, aventamos que tal pensamento não pode se manter seis anos após a edição da Lei 11.340/06. A persistência de preconceitos em relação à relevância da lei e à questão que ela trata requer medidas que não interfiram na autonomia das mulheres.

No âmbito da decisão da ADI 4424, é notória a incompreensão dos Ministros nos casos em que as mulheres não querem a punição de seu companheiro agressor.

***Ministro Marco Aurélio:** Presidente, eu vou contar um caso que houve aqui no Tribunal do Júri, que na época era presidido por uma pessoa com a qual guardo uma relação muito íntima há 39 anos. Houve uma tentativa de*

homicídio. O companheiro – claro que eram pessoas de uma escolaridade menor –, o companheiro, com um facão, simplesmente cortou a mão da companheira. No Júri ela pedia misericórdia para o companheiro: “ele é um homem bom, não, não coloque ele na cadeia”.

Ministro Cezar Peluso: *o Júri absolveu ou condenou?*

Ministro Marco Aurélio: *eu espero que tenha condenado (risadas).*

(APÊNDICE B, p. 69-70)

Falas como esta deslegitimam a opinião daquelas que não se enquadram na lógica da mulher maltratada, a qual se baseia obrigatoriamente na busca da separação e da punição do agressor. Argumento construído por Larrauri, que acrescenta:

[...] qualquer outra versão é vista como uma nova mostra de irracionalidade. O sistema penal não está aberto para mulheres que, apesar de serem vítimas de maus tratos, não desejam separar-se (ainda) de seus companheiros; o sistema penal não está aberto para as mulheres que perdoam³³ (LARRAURI, 2008, p. 174).

A incompreensão se expressa de dois modos: com a desconsideração da violência doméstica como questão pública relevante e com a incapacidade dos profissionais – passível de resolução com treinamento - de compreender que nem sempre a mulher quer se separar do companheiro agressor. Posição a ser respeitada e não deslegitimada, ou tachada como comportamento de quem gosta de apanhar.

³³ Tradução nossa de “Todo el resto de versiones son vistas como una nueva muestra de irracionalidad. El sistema penal no está abierto para mujeres que, a pesar de ser víctimas de malos tratos, no desean separarse (aún) de sus parejas; el sistema penal no está abierto para las mujeres que perdonan”.

CONCLUSÃO

Como foi exposto no decorrer do trabalho, o Supremo Tribunal Federal julgou em fevereiro deste ano a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424, restando vencedora a interpretação de que a natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve é incondicionada. O entendimento vencedor vem de encontro ao que vinha sendo aplicado desde a decisão do Superior Tribunal de Justiça de 2010.

A coerência jurídica da decisão não é contestada, vez que ambos os posicionamentos tem amparo legal. A crítica se inicia com a escolha feita pelo Supremo Tribunal Federal, pois entender a ação penal incondicionada é desconsiderar o papel da lei. A Lei Maria da Penha foi criada no intuito de disponibilizar instrumentos para o empoderamento feminino, que exige, pelo seu caráter de mudança subjetiva da mulher, uma posição ativa no enfrentamento da violência.

O histórico de revolta contra a aplicação da Lei dos Juizados Especiais nos crimes de violência doméstica se dá pelos institutos despenalizadores alheios à autonomia volitiva da vítima – a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo – terem sido aplicados de forma a gerar impunidade. A representação não se inclui entre esses institutos, pois tem por objetivo respeitar a autonomia da vítima.

Foram levantados três argumentos principais para embasar o entendimento vencedor: o princípio da dignidade humana, a norma expressa do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal e a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Eles são construídos no sentido de que a violência reiterada no âmbito doméstico fere a dignidade humana da mulher e a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais, pois o Estado tem obrigação de protegê-la de forma eficiente. Nesse sentido, a ação penal incondicionada não geraria antagonismos na relação, pois não há a possibilidade de retratação, protegendo a mulher de agressões intimidatórias.

Entendemos, todavia, que a dignidade da mulher não é plenamente respeitada quando se retira dela a possibilidade de decidir sobre o seu próprio destino. A impossibilidade de retratação e a abertura da denúncia a terceiros restringe a autonomia da mulher sem trazer resultados efetivos, pois estamos tratando de uma violência que dificilmente tem testemunhas. Soma-se a esse fato, a possibilidade da mudança causar o silêncio daquelas que não querem a punição de seus agressores. Por isso nossa descrença na efetividade da medida.

Acreditamos que uma lei contra a violência doméstica deva ter duas funções, instituir a igualdade de gênero, no sentido de alertar a sociedade que essa violência não é aceita, que homens e mulheres são iguais e tem o mesmo direito e liberdade para se autodeterminar nas suas relações; e fornecer instrumentos para que aquelas mulheres que hoje se encontram em situação de violência possam sair dela, empoderando-se de suas vidas. Esse empoderando ocorre somente quando há o reconhecimento, por parte da mulher, de sua situação de opressão, e ela passa a participar ativamente da conquista de sua autonomia.

A Lei Maria da Penha ao adotar a perspectiva de gênero operou alguns deslocamentos discursivos, que não vimos refletidos na decisão do Supremo Tribunal Federal. A possibilidade de deslocamentos discursivos quebra a rígida separação entre o feminino e masculino que o direito, como produtor dos sujeitos que passa a representar, insiste em manter. Por exemplo, ao incluir o termo “mulher em situação de violência” ou invés de “mulher vítima de violência” a Lei permitiu a transição da mulher de uma situação vitimizante para a de superação. Apesar dessa construção legislativa, o discurso vencedor da sessão de julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade sentenciou a mulher à condição de vítima dominada e vulnerável. Acreditamos que para acabar com a desigualdade de gênero, que é um dos fatores que geram a violência doméstica, é necessária uma quebra desse discurso estigmatizante e polarizado, e os argumentos utilizados na discussão e nos votos para retirar a autonomia da mulher, tendo em vista sua proteção, fortalecem dualidades.

Os deslocamentos provocados pela Lei 11.340/06 foram pontuais, conseqüentemente, mantiveram-se dualidades que determinam “a mulher que apanha” e o “homem que agride” como seres monolíticos, meramente repetidores de comportamentos padronizados. Ao impedir que mulheres em situação de violência reelaborem suas narrativas sem a tutela do Estado, obsta-se a possibilidade delas se empoderarem de suas próprias vidas, pois não existem empoderamentos forçados. Nesse sentido, até que ponto a retirada da autonomia da mulher não é também uma violência, sendo mais uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre os gêneros.

A violência doméstica não se separa dos elementos biográficos, situacionais e, sobretudo, da relação conjugal em si mesma, com toda sua dimensão afetiva. Se for desconsiderada a natureza complexa dos relacionamentos estaremos tratando a violência doméstica como crime de lesão corporal ocorrida entre estranhos. Obviamente, a reiteração e invisibilidade social provocam uma maior reprovação dessa violência, contudo não é com uma postura de mera oposição entre os agentes que se irá resolver a situação.

Discordamos daqueles que defendem que a Lei Maria da Penha não pode ser utilizada com intenção correccional, e acreditamos que essa é a sua função maior. Uma lei que trata das relações no âmbito mais próximo que o ser humano – o familiar – não pode desconsiderar a possibilidade de correção do agente agressor, e sim incentivá-la. O Estado ao legislar sobre o assunto não objetivou o encarceramento do maior número possível de homens, e sim a modificação de uma prática considerada lesiva às mulheres. Defendemos alternativas ao encarceramento por acreditar que as verdadeiras mudanças somente ocorrem no nível da subjetividade. Com a mera repressão pode-se produzir apenas resignações efêmeras, com provável reincidência em relacionamentos posteriores.

A melhor resposta a este problema estaria em ampliar os recursos extrapenais de apoio às mulheres, sem julgar suas relações, apenas instruindo-as de seus direitos. Criar redes especializadas para orientação dos agressores, pois nada adianta suprimir a liberdade destes, enviando-os a prisões que tendem a potencializar sua agressividade, sem dar-lhes orientação. Qualquer que seja a

natureza da violência, para eliminá-la ou reduzi-la é necessário operar uma mudança de percepção daquele que agride em relação ao sujeito agredido. Somente quando o autor de violência transforma a imagem que tem de uma determinada mulher ou das mulheres em geral, que a violência pode se tornar inconcebível.

A Lei Maria da Penha proporciona essas possibilidades, entretanto o maior obstáculo à efetivação de seus objetivos ainda continua sendo sua execução. Os responsáveis pela criação e estruturação da Lei Maria da Penha abriram um leque de opções não penais de assessoramento às mulheres em situação de violência – como, por exemplo, as previstas no artigo 8º – que não vem sendo instituídos pelas esferas administrativas. A lei, como vem sendo aplicada, ainda mais após a decisão, exclui e prejudica as mulheres que não querem a separação e a persecução penal de seus agressores.

A solução dada pelo judiciário, conforme exposto, desconsidera os seres humanos como sujeitos complexos, a violência como um fenômeno relacional e que cada indivíduo, na sua complexidade, pode gerar múltiplas respostas a esse fenômeno. Acreditamos que a Lei Maria da Penha foi criada no sentido de emancipar a mulheres de relações que gerem danos a sua individualidade e dignidade. Dessa forma o estabelecimento de padrões estáticos de comportamento, inclusive para a própria ofendida, ao invés de protegê-la, a vitimiza e pouco ajuda na supressão das desigualdades que geram essa violência. Conseqüentemente, o aperfeiçoamento da aplicação da Lei Maria da Penha ampliará o leque da proteção se conectado a estudos sobre a autonomia da mulher.

REFERÊNCIAS

AMICO, Carla Campos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de representação da vítima em caso de lesão corporal leve e culposa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 18-19, jan. 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sóciojurídica da Lei 11.340-06. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 23, n. 1, p. 113-135, jan./abr. 2008.

BARSTED, Leila Linhares. Gênero e Desigualdades. Disponível em <www.cepia.org.br/doc/generoedesigualdades.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2012.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência e familiar contra a mulher – Lei “Maria da Penha” – Alguns Comentários. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** n.26. Rio de Janeiro: MPRJ, 2007 p. 181 – 201.

BORSA, Tatiana Vizzotto; DESIMON, Leonel Rodrigues; WUNDERLICH, Alberto. A Polêmica sobre as lesões corporais na Lei Maria da Penha. In: **Temas Críticos em Direito**, vol.1. Guaíba: Sob Medida, 2011.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 14 de agosto. 2012.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 de jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4424. **Petição Inicial**. 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>>. Acesso em: 10 jul. 2012

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais (5/7)**. 2012. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=k0aTcWXCRM0>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais (6/7)**. 2012. Disponível em: <>. Acesso em: 02 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais (7/7)**. 2012. Disponível em: <>. Acesso em: 02 jul. 2012.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**. Feminismo e subversão de identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: _____. **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. xiv, 412 p.

CARVALHO, Salo de; CAMPOS, Carmen Hein de. Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, maio/ago. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Stela Valéria Soares de Cavalcanti. **Violência Doméstica**: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Edições Jus Podium, 2007.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e Queixas**: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, Lei com nome de mulher**. Campinas: Servanda, 2007.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 40, p. 282-295, out./dez. 2002.

_____. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 73, p. 354, 2008.

_____. Lei Maria da Penha. Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 216-232, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. Da exigência de Representação da Ação Penal Pública por Crime de Lesão Corporal Resultante de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006). **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.3, n.13, p. 87-89, 2006.

_____. Lei 11.340/2006: renúncia à representação. **Carta Forense**, São Paulo, n. 42, nov. 2006.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006.

LARRAURI, Elena. La Mujer ante el Derecho Penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, nº 2, 1992.

_____, Elena. **Mujeres y Sistema Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2008.

LEON, Magdalena. El Empoderamiento en la teoria y práctica del feminismo. In: LEON, Magdalena. **Poder y Empoderamiento de las mujeres**. Santafé de Bogotá: TM Editores: 1997

LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos Procedimentos – artigos 13 a 17. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRÁ, Jussara Reis. Metodologias feministas, gênero, políticas públicas e o monitoramento da Lei Maria da Penha. In: RIAL, Carmen; PEDRO, Joana Maria; AREND, Silvia Maria Fávero (Orgs.). **Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade**. Florianópolis: Editora Mulheres, 2010. p.81-101.

PORTO, Pedro Rui Fontoura. Anotações Preliminares à Lei 11.340/06 e sua repercussão em face dos Juizados Especiais Criminais. Disponível em <www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/lei11340pedrorui.doc>. Acesso em out. 2012

MATOS, Myllena Calazans de; Cortes, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAFFIOTI. Heleieth Iara Bongiovani. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, p. 115-136, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

SANTOS. Cecília MacDowell Santos. IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. **Revista Estudos Interdisciplinários de America Latina y El Caribe**. Israel, vol.16, nº 1, 2005. Disponível em <<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>> Acesso em 20/10/2012

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**. Porto Alegre, v.16, nº 2, jul/dez 1990.

SOARES, Bárbara Musumeci. A conflitualidade conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. v. 5, nº 2, p. 191-210, abr/mai/jun 2012.

_____. **Mulheres Invisíveis: Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. A norma da Lei Maria da Penha. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n.59, p. 161-177, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La mujer y el poder punitivo. Disponível em: <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=616&aid=68545&eid=76&NombreSeccion=Der echos%20Humanos&Accion=VerArticulo>. Acesso em jul. 2012.

APÊNDICE A – Fragmento do Voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello

Ministro Marco Aurélio (Vídeo 5, 12min43s)

Presidente, o Senado da República, vamos à ADI, sustenta a impropriedade da ação. Parte da premissa segundo a qual a Constituição Federal não versa a natureza da ação penal, se pública incondicionada ou pública subordinada à representação da vítima. Sob tal ângulo haveria então denominado violência reflexa, no que a disciplina do tema esta em normas infraconstitucionais. A visão é mesquinha, o processo objetivo e, mais do que isso, mitiga a Carta da República, esta dotada de princípios implícitos e explícitos. O que se coloca sob apreciação do Supremo, guarda mor da Constituição Federal, é saber se a previsão normativa a submeter o crime de lesão corporal leve praticado contra mulher em ambiente doméstico enseja tratamento igualitário presente lesões causadas em geral, tendo-se como necessária a representação.

Evoca-se o princípio explícito, na ação, da dignidade humana, evoca-se a norma expressa do parágrafo 8º do art. 226 da Carta de 1988 a encerrar que cumpre – cumpre a quem? À vítima? Ao estado! – criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações mantidas pelos integrantes da unidade familiar. O questionamento é de índole maior, e possui repercussão ímpar à ordem jurídica comum a condicionar a ação penal à representação da vítima nos casos de lesões corporais leves praticadas contra mulher no âmbito doméstico. Mostra-se, esse condicionamento, mostra-se harmônica com a cláusula final do citado parágrafo 8º da Constituição Federal?

Em síntese, há mecanismos capazes de inibir, de coibir a violência no âmbito das relações em família, no que se submete a vontade da vítima à atuação estatal, a atuação do Ministério Público?

Tenho como improcedente a preliminar suscitada, reiterada pelo tutor da lei, pelo advogado geral da União, a sustentar óbice ao exame do pedido ante a necessidade de sopesar leis federais, a que retratam o código penal e a 9.099/95. Reafirmo que sempre assentei no Plenário quanto à envergadura maior do processo objetivo, a visão exigida do Supremo é única, ou seja, aberta a admissibilidade quando se discute situação jurídica de grande importância para o bem estar social, para o bem estar dos cidadãos, presente alegado conflito entre o diploma legal ordinário e a Constituição Federal.

Afastada a procedência da preliminar, deve-se adentrar à matéria de fundo elucidando-se, vez por todas, como é do interesse da sociedade, a controvérsia que existe, até mesmo no âmbito da doutrina, o que se dirá em termos de jurisprudência. Então afasta a preliminar.

Presidente, eis um caso a exigir que se parta do Princípio, um princípio muito caro para nós, egressos da justiça do trabalho, o Princípio da Realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra mulher.

Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada a lesão corporal de natureza leve, a mulher agredida a um só tempo física e moralmente, acaba talvez – talvez, talvez – ante ótica assentada na esperança por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem à implementá-la, quando chega a representar. Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com desejável esmero, dados estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico.

Stela Cavalcanti, em *Violência Doméstica – Análise da Lei “Maria da Penha”*³⁴, aponta que o índice de renúncia chega a alcançar 90% dos casos, e que isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade, vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, do agressor, quando na verdade o que acontece é a reiteração de procedimentos, e pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente.

Os dados estatísticos são assombrosos, relativamente à progressão nesse ponto, vindo a desaguar inclusive em prática que provoque a morte da vítima. Sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas não vem, na maioria dos casos, de fora, estão em casa, não na rua, consubstancia o evento decorrente de dinâmicas privadas, o que evidentemente não reduz a gravidade do problema, mas a aprofunda, no que acirra a situação de invisibilidade social. Na maior parte dos assassinatos de mulheres, o ato é praticado por homens com quem elas mantiveram ou mantém relacionamentos amorosos. Compõem o contexto revelador da

³⁴ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica. Análise da Lei “Maria da Penha, nº 11.340/06*. Salvador: Edições PODIVM, 2007

dignidade humana o livre agir, a definição das consequências de certo ato. Essa premissa consubstancia a regra; mas, para confirmá-la, existe a exceção.

Por isso mesmo, no âmbito penal, atua o Ministério Público, na maioria dos casos, sem que se tenha como prescindível representação, bastando a notícia do crime.

No tocante à violência doméstica, há de considerar a necessidade da intervenção estatal, requerida pela Carta da República, conforme mencionado na peça primeira desta ação, no informe 54/2001 da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em análise sintomática da denúncia formalizada por Maria da Penha Maia Fernandes, assentou-se que o Brasil violara os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial da peticionaria, considerada a violência que se apontou como encerrar padrão discriminatório, tolerando-se a ocorrência no meio doméstico.

Então, recomendou-se que prosseguisse o processo de reformas, visando evitar tolerância estatal e o tratamento discriminatório relativo à violência doméstica contra as mulheres. Foi justamente essa condenação, de sustentável teor moral, que levou o país a editar a denominada Lei Maria da Penha, 11.340/2006, que, no art. 1º, trouxe à baila o seguinte: “esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, aqui referido, 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”.

Antes dessa lei, chegou-se à disciplina específica, mediante a introdução no art. 129 do Código Penal, a encerrar o crime de lesão corporal dos parágrafos 9º, 10 e 11, criando-se causas de aumento da pena sob o subtítulo violência doméstica – esses preceitos em seguir transcrevo, para efeito de documentação.

E me defrontei, nessa semana, com um livro que se aponta que a 1ª delegacia da mulher, antes da Lei Maria da Penha, ela surgiu nesse Estado, que é um país dentro de um país, que é o Estado de São Paulo, em 2005.

Ministra Carmem Lúcia: Presidente, Ministro, até, se Vossa Excelência me permite, até foi introduzida por intervenções do hoje vice-presidente Michel Temer,

que, tendo sido instado várias vezes, me parece que preconizou exatamente, como Vossa Excelência diz, naquele estado, essa providência.

Ministro Marco Aurélio: analiso, Presidente, o parágrafo 1º do citado artigo versa consequência da lesão – aí do Código Penal, porque na lei Maria da Penha não se tem o tipo, propriamente dito, não se tem a definição do crime, a definição está no 129 – e também faço uma referência aqui ao parágrafo 3º quanto ao resultado morte, em circunstâncias que evidenciem que o agente não quis, também, o resultado.

E, no caso presente, digo não bastasse a situação de notória desigualdade considerada à mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana, e aí me refiro aos artigos da Constituição Federal.

A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher, no que revela a exigência dos Estados adotarem medidas especiais, não gerais, medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também que se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que é a Convenção, já aludida pelos colegas que lançaram linhas mestras, que é a Convenção de Belém do Pará, no que mostra se a violência contra mulher é ofensa aos direitos humanos e a consequência de lesões de poder historicamente desiguais, foi ressaltado pela ministra Carmem Lúcia, desiguais entre os sexos.

Nas palavras de Leda Maria Hermann, em “Maria da Penha, lei com nome de mulher”: “reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica em validar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos, trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela”.

Sob o âmbito constitucional explícito tem-se como um dever do Estado assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive, a violência provocar o receio, o temor, o medo de represálias.

Esvazia-se, esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao aqui previsto na Constituição Federal, especialmente no parágrafo 8º do respectivo artigo 226, no que, admitido que, verificada a agressão com lesão corporal, embora leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o, e ao menos se prevê de forma limitada a oportunidade, antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo preceito do artigo 16 da lei em comento, o ato à audiência do Ministério Público. E quase sempre, em juízo, né, admite a retratação, presente, e temos que reconhecer, com desassombro, até mesmo, uma avalanche de processos.

Deixar, digo eu, a cargo da mulher autora da representação, a decisão sobre o início da persecução penal, significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria, a assimetria de poder decorrente de relações histórico culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção, e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

Entender que se mostra possível recuo, iniludivelmente carente de espontaneidade, é potencializar a forma em detrimento do conteúdo. Vejam que, recebida a denúncia, já não pode haver a retratação, segundo o dispositivo ao qual se pretende conferir interpretação conforme a Carta da República, ocorrida a retratação antes do recebimento da denúncia, embora exaurido o ato agressivo a resultar em lesões, é possível dar-se o dito pelo não dito e, com grande possibilidade, aguardar no futuro agressão maior, quadro mais condenável.

Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do diploma maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal, também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas, voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato decorrentes da cristalização cultural do preconceito.

Ao fim, é vedado aplicar a norma de forma a revestir a “surra doméstica” - estou utilizando expressão de uma autora, né, que, em relação à qual estivemos, há pouco, a analisar as áreas de atuação em trincheiras diversas – de aparência de legalidade ou de dita tolerância (“A Lei Maria da Penha”, de Eliana Calmon, revista “Justiça e Cidadania”, 10ª edição, Julho de 2009).

Procede às inteiras o pedido formulado pelo Procurador Geral da República, buscando-se um empréstimo de concretude maior à Constituição Federal. Deve se dar interpretação conforme a Carta da República aos Artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, no sentido de não se aplicar a Lei 9099/95 aos crimes glosados pela lei ora discutida, que é uma lei especial, e o Código Penal é lei geral.

Assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. Vale frisar que permanece a necessidade de representação para crimes versados em leis diversas da 9099/95, tais como os de ameaça e os cometidos contra os costumes. Aliás, o plenário, o plenário, ao indeferir ordem no Habeas Corpus nº 106212/MS, por mim relatado, até citou o afastamento da lei 9099/95 pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha, 11340/06, e ainda assentou: “violência doméstica, artigo 41 da Lei 11340/06. Alcance. O preceito do artigo 41 da Lei 11340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa às vias de fato.

No caso concreto que nós julgamos não estava em jogo sequer a lesão corporal leve, mas vias de fato, sem o surgimento dessa mesma lesão. Ai, consignamos o afastamento da 9099 e dissemos que, ante a opção política-normativa, prevista no artigo 98, I e a proteção versada no 226, §8º, ambos da Constituição, surge harmônico com esta última, com a Constituição, o afastamento peremptório da Lei 9099/95. E é peremptório, como está no preceito do artigo 41 da Lei Maria da Penha, no processo crime a revelar violência contra a mulher.

Digo, Presidente, encerrando: representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito, protege a dignidade da mulher nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como um fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui a lei com passos largos no contínuo caminhar destinado a

assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino. Consigno, Presidente, mais uma vez, e vou dizer porque consigno, que o Tribunal, no julgamento do Habeas a que me referi, declarou a constitucionalidade – o processo era um processo subjetivo, este é objetivo, e, portanto, a decisão neste tem uma repercussão extramuros, considerada a relação jurídica subjetiva no processo anterior – da lei relativamente aos casos em que praticada a violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista para o tipo.

Poderíamos dizer “está julgada a matéria”, mas não é bem assim. Não é bem assim e temíamos, em reforço ao nosso pronunciamento, a natureza do processo. É que aqui o processo é objetivo, aqui realmente estaremos prolatando uma decisão que repercutirá, sem necessidade de comunicação a qualquer órgão no cenário nacional.

Digo então: solvendo dúvidas e porque fiz alusão à decisão anterior? Porque antes da 9099/95 a ação considerada lesão corporal, mesmo leve ou culposa, a ação era pública incondicionada. E, com a vinda à baila do 88 da Lei 9099, que, excluído expressamente pela Lei Maria da Penha, é que a ação passou a ser pública condicionada à representação da vítima. Mas isso em termos de norma geral, não de norma especial exigida pela Carta da República, para que se alcance, realmente, a proteção por ela, Carta da República, visada.

Então eu estou dizendo que, já excluídas as dúvidas e já agora em processo objetivo, cuja decisão irradia-se extramuros processuais, resta emprestar e proclamar interpretação conforme Carta da República aos artigos 12, I e 16 da Lei 11340/06, para assentar a natureza incondicionada das ações penais em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a expressão desta última, ou seja, da lesão. É como voto, Presidente, na espécie.

APÊNDICE B – Discussão da sessão

Ministro Cezar Peluso (Vídeo 5, 40min34s): se me permitem, eu quero partilhar com Vossa Excelência, e, desse modo, com todo o Plenário, não é uma divergência, é uma preocupação. Estamos todos aqui imbuídos do mesmo propósito de dar à norma uma interpretação intuitiva da condição de vulnerabilidade da mulher. Esse é o pressuposto. Vossa Excelência não receia que, voltando ao regime anterior, da ação Civil Pública Incondicionada, nós caíamos na mesma inibição que tinham antes as mulheres, de dar a notícia-crime, porque hoje o sistema, na condicionada, com a possibilidade de audiência...

Ministro Marco Aurélio: ela continuará podendo implementar a notícia-crime, mas endossa a possibilidade de essa notícia-crime ser dada, por exemplo, por um vizinho que haja presenciado a violência.

Ministro Cezar Peluso: estou pensando se o fato de nós tornarmos a ação civil pública incondicionada, se isso não representaria maior inibição para as notícias crime por parte das mulheres, que veja, Vossa Excelência, o que eu estou pensando, se hoje, com a possibilidade que ela tem de retratar a representação, nós temos uma situação, que nós diríamos, que é uma situação que fragiliza a mulher porque ela volta a trás e continua a ser vitima de violência. Se ela imaginar que uma vez feita a notícia crime e não poderá retratar-se jamais, isso não significaria uma certa contenção, uma certa inibição, pois “receio que agora não tem volta”?

Ministro Marco Aurélio: acho que nos termos de proteção, a gradação é maior se abirmos o leque, se admitirmos que não há necessidade de a noticia crime ser dada mediante uma representação, sem formalidades maiores pela mulher. Ai ela terá uma proteção maior. Por quê? Porque as estatísticas demonstram que em 90% dos casos em que ocorre essa representação, há o recuo, foi quando eu disse: recuo mediante uma “livre manifestação de vontade”? Aos 65 anos eu não acredito mais em Papai Noel.

Ministro Cezar Peluso: nós temos o problema da é anterior, quando não havia notícia. Eu quero dar uma interpretação que mais bem atenda a necessidade e a proteção da mulher.

Ministro Marco Aurélio: vamos voltar a enfoques anteriores. Antes não havia Lei Maria da Penha, não havia essa proteção especial. Segundo, a não se concluir dessa forma, nós teremos que declarar a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei

Maria da Penha, no que afasta peremptoriamente, sem exceção, a aplicação da 9.099, porque foi a 9.099, a meu ver até mesmo fragilizando o instituto da lesão corporal leve ou culposa, que introduziu no cenário normativo a necessidade de representação. Porque antes quanto aos cidadãos em geral, não havia essa necessidade, indaga-se, coaduna-se, harmoniza-se com o tratamento exigido pelo §8º do art. 226 da Constituição Federal, quanto à necessidade do Estado implementar a proteção para coibir a violência doméstica, ter-se como necessária a representação?

Representação que na maioria dos casos não ocorre. A agressão se dá entre quatro paredes e fica por isso mesmo. Agressão que sempre vai em uma gradação maior, considerada a subsequente. Agora ter-se como possível o recuo, ela retratar-se e retratar-se não para se alcançar, porque quase sempre não se alcança a manutenção da família. Eu creio que precisamos sopesar valores.

Ministro Cezar Peluso: estou pensando aqui em alternativas, quem sabe manter, eventualmente, a necessidade da representação, interpretando como irretratável.

Ministro Marco Aurélio: Presidente, permita-me mais um aspecto. Quando nós afastamos a necessidade da representação, nós não colocamos em situação de inferioridade a própria mulher, nós não geramos o antagonismo, considerada a relação mulher, marido/mulher, companheiro/companheira. Aí sim nós a protegemos, a protegemos porque, não deixamos pairar no ar algo que, a rigor, levará a uma agressão moral ou mesmo uma agressão física em termos de intimidação pelo próprio agente, companheiro. Sopesando valores, eu penso que o valor maior a se resguardado é o valor que direciona à proteção da mulher. E o Estado não a protege, quando exige que ela adote uma postura de antagonismo em relação aquele que já se mostrou um agressor, representando contra ele.

Ministro Cezar Peluso: meu temor é só este, que se nós tornarmos, darmos uma interpretação que signifique que a ação será pública incondicionada, meu temor é que isso possa na prática inviabilizar esta atitude de iniciativa que a mulher tem, que ela estará diante de um dilema, eu posso fazer a notícia crime mas sei que não há retorno.

Ministra Carmem Lúcia: verdadeiramente, 99, eu diria, das mulheres brasileiras e a isso inclui aquelas que tiveram acesso à informação, à educação formal, nem sabem se essa ação é incondicionada, penal incondicionada, nem

sabem, é querer chegar lá e dar a notícia, quando se tratam normalmente se retratam, porque o homem voltou para casa e colocou para ela que ia sair, de alguma forma ameaçou, é isso que acontece. O mais, se a ação penal é condicionada, se a ação penal vai acontecer, 99% do povo brasileiro nem sabe o que é isso, e ela vai querendo as consequências e quando perguntarem o que ela quer, ela diz que quer justiça.

Ministro Cezar Peluso: e a senhora quer dizer o quê? Ela dá notícia sem saber das consequências, e a ação se processa independente de ela saber as consequências?

Ministra Carmem Lúcia: não, ela vai querer que tenha consequência, ela vai querendo consequências jurídicas.

Ministro Marco Aurélio: a proteção maior estará em não exigir da mulher essa atitude contrária ao próprio marido, de não se exigir dela essa atitude para que se tenha a persecução criminal. Afinal, quase todos esses casos reveladores de crime a ação é pública incondicionada.

Ministro Luiz Fux: mas o que ocorre, como salientou a Ministra Carmem Lúcia, a vida cotidiana é que as mulheres sofrem essa violência, tem inibição e não sabem qual a espécie da ação, se é pública condicionada. Mas eu acho que os homens sabem, o ofensor sabe, então na verdade esse efeito que impede uma eventual retratação ele é mais intimidatório do que a possibilidade de retratação. Quer dizer, o homem sabendo que nem que ela queira ela vai poder dispor, isso nem precisaria estar dito, porque se a ação é penal pública, há o princípio da indisponibilidade da ação penal.

Ministro Marco Aurélio: se a ação penal pode surgir por iniciativa de terceiros, pode surgir a ação penal por iniciativa da vítima, tendo em conta a vítima e a proteção à vítima.

Ministro Luiz Fux: se me permite, pela prática, pela experiência judicante, em diversas hipóteses, no curso da ação penal, evidentemente, por via oblíqua, a manifestação da mulher em favor do seu consorte vai influir na avaliação do caso concreto pelo juiz.

Ministro Cezar Peluso: mas aí, por outro caminho, cairíamos no quadro vigente.

Ministro Marco Aurélio: Presidente, eu vou contar um caso que houve aqui no Tribunal do Júri, que na época era presidido por uma pessoa com a qual guardo

uma relação muito íntima há 39 anos. Houve uma tentativa de homicídio. O companheiro – claro que eram pessoas de uma escolaridade menor –, o companheiro, com um facão, simplesmente cortou a mão da companheira. No Júri ela pedia misericórdia para o companheiro: “ele é um homem bom, não, não coloque ele na cadeia”.

Ministro Cezar Peluso: o Júri absolveu ou condenou?

Ministro Marco Aurélio: eu espero que tenha condenado (risadas).

APÊNDICE C – Fragmento do Voto da Ministra Rosa Maria Weber

Ministra Rosa Weber (Vídeo 6, 30min55s)

Reafirmo que o Estado somente se desincumbe satisfatoriamente de seu dever de agir positivamente na criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar quando tais mecanismos são adequados e eficazes à concretização de seu fim. Refiro pesquisa realizada entre janeiro e fevereiro de 2011 do Instituto Avon Ipsus e divulgado em janeiro de 2012 na Revista de Direitos Humanos, publicação da AMB, que dá conta da existência de importantes fatores que se erigem como obstáculos a que as vítimas deste tipo de violência denunciem os seus agressores, tais como a dependência emocional e financeira, seja real ou imaginária e o medo da morte.

E seria, a meu juízo, ilusório crer que esses mesmos fatores, que no momento de denunciar a agressão comprimem a autonomia da vontade da mulher, desaparecerão no momento de representar contra o agressor. Esses dados ilustram bem um contexto no qual exigir da mulher agredida que, a fim de dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, colocando-a em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta, sem dúvida, a meu juízo, contra própria dignidade da pessoa humana, valor fundante da nossa República.

Por outro lado, a concepção segundo a qual indevida por se tratar de interferência em questão privada à tutela estatal nos casos de violência contra mulher se mostra incompatível com a obrigação constitucional do Estado de assegurar positivamente à mulher vítima de violência a plena fruição de seus direitos. E a esse respeito, menciono que a iterativa jurisprudência dos mecanismos regionais de proteção internacional dos direitos humanos, tanto no sistema europeu quanto no sistema interamericano, no que admitem a intervenção na vida privada ou familiar dos indivíduos, desde que necessária para proteger a saúde e outros direitos igualmente importantes ou para prevenir a consumação de atos criminosos.

Eu aqui cito alguns desses casos, digo mais, que entendo que a eficácia dos mecanismos destinados a assegurar à mulher suficiente proteção contra violência doméstica, resultaria fortemente prejudicada se condicionada a persecução penal à representação da ofendida, diante das condições especiais em que são perpetrados

os atos de violência doméstica, tal condicionamento, a meu juízo, implicaria privar a vítima de proteção satisfatória a sua saúde e segurança.

Ao desconsiderar o propósito da legislação em exame, escorada em compromissos assumidos no texto da Constituição Republicana e em tratados internacionais, de afirmar um sistema de persecução e punição minimamente eficaz para o tipo específico de violência, que é a violência doméstica direcionada contra mulher, a interpretação do art. 41 da Lei Maria da Penha, que assim conclui, resulta em falta para com a obrigação do Estado de atuar positivamente na realização de seu objetivo.

E aqui eu queria destacar que esse aspecto ficou muito bem delineado no julgamento do caso Opus X Turquia perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2009, que resultou na condenação do Estado demandado, a Turquia, por falhar em fornecer na legislação doméstica, mecanismos suficientes de proteção em face da violência praticada contra mulher no ambiente familiar. Nesse caso, norteou a decisão o fato de que o Estado não poderia prosseguir com a ação penal contra o agressor, na hipótese de retratação da vítima, quando se tratasse, mal comparando, de lesão corporal, nós moldes daquela jurisdição penal, menos grave. O arcabouço legislativo então em vigor foi censurado, por esse motivo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por estar e aqui transcrevo “a quem dos requisitos eminentes às obrigações positivas do Estado de estabelecer e aplicar efetivamente em sistema que puna todas as formas de violência doméstica e forneça salvaguarda suficiente para as vítimas”. Assentando, ainda, a Corte Europeia, que “as autoridades responsáveis pela persecução deveriam ter sido capazes de prosseguir com o processo, como questão de interesse público, independentemente da retirada da reclamação”.

E dizendo da minha convicção que a insuficiência na prestação estatal protetiva configura em si mesmo uma afronta à garantia escrita no texto Constitucional.

Acompanho o voto do eminente relator quando julga procedente a ação, dando interpretação conforme ao art. 41 da Lei 10.340/06, para fixar o sentido de que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099 de 26/09/95, especificamente ser art. 88 e conseqüentemente fixar que o crime de lesões corporais leves quando praticado com violência doméstica e familiar contra mulher

processa-se mediante ação penal pública incondicionada, e, ainda, que a representação a que se refere os artigos – e aqui lembro a observação do eminente Ministro Fux – que a representação a que se refere os artigos 12, inciso I e 16 da lei Maria da Penha diz respeito a crimes em que este requisito encontra previsão em ato normativo outro que não a lei 9.099/95. É como voto, presidente.

APÊNDICE D - Voto Ministro Cezar Peluso

Ministro Cezar Peluso (Vídeo 7, 44min32s)

Eu gostaria de, antes de externar meu ponto de vista, só relembrar uma coisa que, de certo modo, já permeou aí algumas intervenções dos Ministros, que não é apenas a doutrina jurídica que se encontra dividida quanto o alcance da lei. Eu tenho em mão aqui, por exemplo, sínteses de estudos de várias associações dedicadas a defesa de gênero como o Instituto Feminista de São Paulo, Instituto Nuance, dedicado à proteção da violência intra familiar e de gênero, o IPEA, todos mostrando outros aspectos, alguns dos quais sequer nem foram considerados nessa assentada, como, por exemplo, uma eventual conveniência de se manter o procedimento da Lei 9.099, porque a celeridade é um dos ingredientes importantes no combate a violência.

Isto é, quando mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia; segundo a oralidade incita da lei é outro fator importantíssimo, sobretudo porque essa violência é uma violência que se manifesta no seio da entidade familiar, e a oralidade desempenha e eu conheço muito bem como essas pessoas interagem na presença de um magistrado, as audiências prévias previstas na lei, etc, etc.

Em outras palavras: há vários aspectos aí que mereciam ser considerados também, em um problema que eu acho de grande complexidade. Então, para marcar minha posição, não como uma mera oposição à douta maioria, mas quero deixá-la como uma advertência para o legislador, que, no caso, segundo todas as presunções, tinha boas razões para dar caráter condicionado à ação penal. Em outras palavras: eu não posso supor que o legislador tenha sido, neste caso, leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, porque isso foi decorrência de várias audiências públicas, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia, das relações humanas, que evidentemente trouxeram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal com caráter condicionado.

E mais: acho que ela deixa transparecer uma coisa importante, não obstante o ministro Ricardo Lewandowski tenha aludido a eventual existência, que pode até ser, vamos dizer, quase regra, na grande maioria dos casos, do vício da vontade da mulher ofendida, mas também não podemos dizer que isso seja uma regra de caráter absoluto, que muitas mulheres não fazem a delação, não levam notícia crime

por uma decisão que significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do seu destino.

Isso é uma dimensão que não pode ser descurada, o ser humano se caracteriza exatamente por ser sujeito da sua história. A capacidade que ele tem de se decidir por um caminho! E isso, me parece, que transpareceu a edição desta norma, dessas duas normas agora contestadas.

Mas a minha advertência vai ao legislador para que ele considere os seguintes riscos: primeiro, a possibilidade de intimidação da mulher em levar a notícia crime porque ela sabe que não vai poder influir no desenvolvimento da ação penal nem vai poder paralisá-la; alega-se que terceiros poderão fazê-lo, mas a notícia de terceiros é sempre excepcional. Essa violência se dá desde sempre no âmbito doméstico, e é de conhecimento apenas das pessoas da família. Há casos, vamos dizer, marginais, que, pela brutalidade, isso extravasa os muros da residência e chega ao conhecimento de vizinhos. Mas isso não significa necessariamente uma condição de eficácia porque, se vai da dependência de notícia de terceiros, é correr o risco de não haver notícia alguma.

Alega-se que a mulher ignora, vamos dizer, as sutilezas jurídicas de uma ação penal pública. Neste caso, para mim, a situação é ainda pior, porque há o risco de ela ser, continuando a viver com o parceiro que a ofendeu e, pode ter sido uma ofensa eventual e isolada, de no meio dessa convivência, eventualmente já pacificada, de uma renovação do pacto familiar, sobrevir uma sentença condenatória, que terá, no seio da família, consequências imprevisíveis.

Por outro lado, isso pode desencadear maior violência por parte do parceiro ofensor, pela óbvia impossibilidade de a mera publicidade da ação penal constituir um impedimento a essa violência. A ação penal não impede que o parceiro se torne violento, no caso, antes acirra a possibilidade dessa violência porque ele sabe que estará agora sujeito a uma situação que escapa à sua possibilidade de intervenção diante a atuação da mulher. Em outras palavras, ele vai se ver em uma situação que pode ocorrer de tomar uma atitude de represália mais violenta quanto ao fato de ele ter sido processado por uma lesão leve.

Por outro lado, e esse me parece o aspecto que mais preocupa, mais incomoda, que mais me atormenta, e esta é a razão pela qual estou tomando essa atitude, acho que nós do judiciário, tomando uma atitude em que estamos assumindo esses riscos. E assumindo esses riscos como perda da visão da situação

familiar, nós estamos concentrados na situação da mulher e merece evidentemente todas as nossas preocupações, que merece toda a proteção do ordenamento jurídico, isso é indiscutível, mas assim o legislador como constituinte, levando em consideração como valores e, tem que ser, de algum modo, compatibilizados, a necessidade da proteção da mulher e da necessidade da manutenção da situação familiar em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que é um elemento fundamental na mecânica da sociedade.

Por essas razões, que não represento absolutamente discordância intelectual a postura adotada pela douta maioria, eu vou votar vencido apenas para que isto fique marcado como uma advertência ao legislador, e eu o faço na expectativa, na grande esperança de que a douta maioria tenha acertado mais uma vez.

Proclamo o resultado, o Tribunal julgou procedente a ação direta de constitucionalidade por votação unânime e julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade nos termos do voto do relator, contra o voto do presidente.

Está encerrada a sessão.