

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Graduação em Direito

(Des)Igualdade de gênero e os discursos jurídicos na perspectiva
concreta da violência doméstica

Talitha Selvati Nobre Mendonça

Brasília – Julho/2011

Talitha Selvati Nobre Mendonça

(Des)Igualdade de gênero e os discursos jurídicos na perspectiva
concreta da violência doméstica

Monografia apresentada para fins de conclusão de
curso de graduação em Direito da Universidade de
Brasília

Orientação: Profa. Noemia Garcia Porto

Co-orientação: Prof. Alexandre Araújo Costa

Brasília – julho/2011

Sem descanso tecia a mulher os caprichos do marido, enchendo o palácio de luxos, os cofres de moedas, as salas de criados. Tecer era tudo o que fazia. Tecer era tudo o que queria fazer.

E tecendo, ela própria trouxe o tempo em que sua tristeza lhe pareceu maior que o palácio com todos os seus tesouros. E pela primeira vez pensou em como seria bom estar sozinha de novo.

Só esperou anoitecer. Levantou-se enquanto o marido dormia sonhando com novas exigências. E descalça, para não fazer barulho, subiu a longa escada da torre, sentou-se ao tear.

Desta vez não precisou escolher linha nenhuma. Segurou a lançadeira ao contrário, e jogando-a veloz de um lado para o outro, começou a desfazer seu tecido.

(Marina Colasanti)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao Darcy, vivi o sonho que sonhaste!

Agradeço à prof. Noemia pela compreensão dos momentos de crises internas e pela paciência. Obrigada pela orientação e apoio. Aprendi muito com você.

Agradeço ao Flávio por me ensinar as amarguras e as doçuras de se viver. Cada encontro contigo é um jogar-me ao novo, a uma oportunidade de aprender as simplicidades e fragilidades da nossa existência.

Pessoas queridas do matriarcado: Lulu, Laurinha, Gabi, Sica, Rê, Bruninha, Diana, Miloca, Saiô, Jhonny Raonny e Nardi, obrigada por me re-ensinarem a sonhar e a compartilhar!

Não tem palavras que representem o tamanho da minha gratidão pelo companheirismo durante os desesperos monográficos...Malahin, Raissão, Lalá e Miloca. Vocês foram fundamentais!

Agradeço especialmente a Milena por dividir a vida comigo! Obrigada pela cumplicidade e pelo companheirismo, pelo colo e pelo sorriso de ser irmã e amiga!

Agradeço também à Saiô pelo conforto e aconchego da amizade!

Agradeço às minhas eternas chefes Carol Pinheiro e Ilge pelos aprendizados e momentos compartilhados. Vocês serão eternos referenciais.

Agradeço também aos professores e professoras da Faculdade de Direito que alternativamente me ensinaram a refletir sobre o papel do direito e sua aplicação como instrumento de emancipação social.

Agradeço especialmente ao Alexandre Araújo, pela compreensão nos momentos de terror e pânico, e pela orientação precisa e reflexiva.

Agradeço também o carinho e a atenção dos funcionários da faculdade, em especial o Carlinhos, Diogo, Helena e João.

RESUMO

Diante do desafio de admitir que vivemos em uma sociedade patriarcal e machista e de assumir a necessidade de uma proteção diferenciada da mulher quanto à violência doméstica, foi aprovada a Lei Maria da Penha, tendo como base fundamental o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos. Mas como o judiciário lida com a garantia de direitos às mulheres nas demandas de violência doméstica? A presente investigação buscou averiguar incoerências desse próprio sistema que ainda coloca a mulher em um lugar comum de proteção e não de garantia de igualdade. O discurso jurídico é uma das formas que evidenciam um judiciário ainda permeado de preconceitos, os quais dificultam uma compreensão sensível dos casos de modo a romper com paradigmas seculares de discriminação e submissão da mulher. Tal observação foi feita com base no conteúdo dos discursos do acórdão do *Habeas Corpus* 106.212/MS. Independentemente da concordância com seu resultado, nas falas em torno da questão da garantia de direitos às mulheres percebeu-se o reforço de estereótipos acerca do lugar e da função da mulher na sociedade. Evidenciou-se uma dominação simbólica por meio do tratamento da mulher ainda em um patamar de inferioridade. O Judiciário tem adotado discursos que refletem a persistência de uma cultura machista e patriarcal, que insiste em tratar a mulher como um objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Assim, a defesa de valores tradicionais em detrimento da concreção de direitos e construção de autonomia e igualdade é incompatível com os valores e princípios de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chaves: Violência doméstica, gênero, igualdade, discurso jurídico, *Habeas Corpus* 106.212/MS.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| AGRADECIMENTOS | 4 |
| RESUMO | 5 |
| SUMÁRIO..... | 6 |
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| CAPÍTULO 1 – A problemática da igualdade das mulheres no trato institucional da violência doméstica no direito brasileiro | 10 |
| 1.1 Primeiros passos para a garantia de direitos às mulheres na perspectiva concreta da violência doméstica | 15 |
| 1.2 O advento da Lei dos Juizados Especiais e o trato institucional da violência doméstica | 20 |
| 1.3 A Lei Maria da Penha e a problemática da (des)igualdade de gênero | 25 |
| 1.3.1 Fundamentos para a garantia de direitos específicos às mulheres em situação de violência | 27 |
| 1.3.2 Considerações acerca das garantias contidas na Lei Maria da Penha | 29 |
| 1.3.3 Uma questão de acesso à justiça..... | 32 |
| CAPÍTULO 2 - A persistência da desconsideração da mulher como sujeito de direito nos discursos jurídicos | 39 |
| 2.1 Incompreensões acerca do recorte de gênero na análise da violência doméstica..... | 41 |
| 2.2 O condicionamento da garantia de direitos às mulheres por meio da defesa do contexto familiar..... | 51 |
| 2.3 Silêncios e ausências..... | 57 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 62 |
| REFERÊNCIAS | 65 |
| ANEXO – Transcrição da entrevista | 68 |

INTRODUÇÃO

Diante do desafio de admitir que vivemos em uma sociedade patriarcal e machista e de assumir a necessidade de uma proteção diferenciada da mulher com relação à violência doméstica, foi aprovada a Lei Maria da Penha, tendo como base fundamental o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos.

Passados seis anos de aplicação da referida lei, faz-se necessária uma análise sobre a sua aplicação e sobre a transformação social e cultural que a acompanha. Quais direitos têm sido efetivados às mulheres? O Judiciário está preparado para lidar de maneira sensível com as questões de gênero envolvidas na violência doméstica? Essas foram algumas das perguntas que conduziram esta investigação.

A partir de uma maior movimentação no campo político pela exigência de efetivação de garantias constitucionais às mulheres, surgiram diversos questionamentos acerca da complexidade que envolve a violência contra a mulher. Ressaltou-se a necessidade da compreensão dos conceitos de gênero e patriarcado para uma práxis jurídica que seja conforme ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Essa compreensibilidade carrega em si o potencial de inclusão das mulheres no jogo democrático de lutas por reconhecimento.

É importante situar qual é o conceito de igualdade dentro do paradigma de Estado Democrático de Direito. Percebeu-se a importância da compreensão da necessidade de tratamento isonômico na medida em que a desigualdade inferioriza. Contudo, ao mesmo tempo em que surgem políticas de promoção de igualdade, essas políticas demonstram o reconhecimento da desigualdade tanto por meio da afirmação da necessidade de se criar instrumentos que possam viabilizar uma igualdade, quanto pelo fato de que esses instrumentos geram outras desigualdades, que vão se estabelecendo ao longo do tempo. Esse foi um salto de compreensão importante, pois traz a necessidade da constante revisão e reflexão dos pressupostos de aplicação da lei e de todas as outras políticas que a envolvem para que ela não seja perpetuadora de preconceitos.

Nessa medida, investigou-se como o judiciário tem lidado com as questões de gênero que envolvem a garantia de direitos às mulheres a partir da perspectiva concreta da violência doméstica.

Para tanto, foi analisado o conteúdo dos discursos dos autos do *Habeas Corpus* 106.212/MS, devido a sua extrema importância na aplicação da Lei Maria da Penha, uma vez que afasta a aplicação de institutos característicos dos Juizados Especiais por meio da declaração da constitucionalidade do art. 41 dessa lei. De tal modo, crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não podem mais ser considerados crimes de menor potencial ofensivo.

Soma-se a isso o fato de que se trata de uma decisão cujo cerne é a proteção de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Por meio do referido precedente, a mais alta instância decisória do Poder Judiciário evidenciou fundamentos que revelam os modos de compreensão sobre o próprio recorte de gênero presente na violência doméstica e a problemática da igualdade constitucional.

Dessa maneira, estruturou-se o primeiro capítulo em torno da problemática da igualdade das mulheres no direito brasileiro. Fez-se uma análise da tutela dos direitos das mulheres no contexto das Leis 9.099/95 e 11.340/06.

Primeiramente observou-se o trato institucional da violência doméstica no contexto de aprovação da Lei dos Juizados Especiais. Percebeu-se ainda que incipiente um debate sobre gênero e a relevância da sua compreensão nos contextos de violência contra a mulher.

Com a aprovação da Lei Maria da Penha, surgiram diversas controvérsias quanto à constitucionalidade da Lei uma vez que possui um recorte específico de gênero, tendo como escopo a garantia de direito às mulheres em situação de violência. Esse debate trouxe um aprofundamento na compreensão de questões históricas relativas à manutenção de uma sociedade machista e patriarcal.

A análise sobre a problemática da igualdade das mulheres no trato institucional da violência doméstica no direito brasileiro possibilitou a observação de persistências da não garantia de direitos às mulheres devido a uma construção histórica de desigualdades que reverbera através das instituições e das relações sociais. A partir desta constatação, evidenciou-se a importância de se investigar o Judiciário, a fim de averiguar como essa instituição reflete as resistências para uma mudança de paradigma na práxis do direito.

Tecer uma análise sobre a historicidade da problemática da igualdade de gênero na perspectiva concreta da violência doméstica e, por meio dela, observar as transformações e as estagnações na compreensão das lutas por reconhecimento dos direitos das mulheres, possibilitou identificar os caminhos e as características das diferentes formas de tratamento dessa espécie de violência no Brasil, a fim de facilitar a apreensão do modo como a permanência dessas dificuldades através do tempo se reflete no trato da violência doméstica hoje.

No segundo capítulo investigou-se as incongruências dos discursos jurídicos de falas que mantinham a mulher no contexto de subordinação e submissão, conferindo a elas um tratamento jurídico enquanto objetos de proteção e não como sujeitos autônomos de direitos. Dessa maneira, os discursos jurídicos contidos no acórdão do *Habeas Corpus* 106.212/MS evidenciaram um judiciário reprodutor de preconceitos, funcionando como entrave para uma compreensão sensível dos casos de modo a romper com paradigmas seculares de discriminação e submissão da mulher.

CAPÍTULO 1 – A PROBLEMÁTICA DA IGUALDADE DAS MULHERES NO TRATO INSTITUCIONAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO DIREITO BRASILEIRO

O que é gênero e violência contra a mulher? Qual o conceito de igualdade como parte do paradigma de Estado Democrático de Direito que permite haver uma lei que distingue violência doméstica e familiar contra a mulher da mesma espécie de violência contra homens? Por que essa diferenciação?

Esses são apenas alguns dos questionamentos que surgem quando se pensa a questão da igualdade da mulher e da violência doméstica praticada contra mulheres. No Brasil os índices são alarmantes e revelam uma média de que a cada 15 segundos uma mulher é agredida¹.

Nossa sociedade ainda é extremamente machista² e patriarcal³.

Isso significa dizer que o domínio patriarcal (masculino) apresenta na sociedade distintas manifestações. Ele está presente no cotidiano do mundo doméstico e do mundo público. Não é preciso praticar a discriminação aberta contra a mulher ou a violência explícita para demonstrar sua presença na medida em que esse poder de gênero está assegurado através dos privilégios masculinos e das desigualdades entre homens e mulheres.⁴

Admitir essa afirmação⁵ como pressuposto possibilita enxergar persistências sociais e institucionais que vão de encontro às lutas pelos direitos das mulheres. E por que se lutar pelo direito das mulheres?

Um fator que colabora para essa persistência de não garantia de direitos às mulheres, segundo Bourdieu, é a constatação da constância através do tempo de determinados

¹ Dado fornecido por pesquisa da Fundação Perseu Abramo. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/projecao-da-taxa-de-espantamento>>

² Conforme explica Costa (1999; p.4), as relações de gênero correspondem a relações de poder. Nesse sentido, machismo seria compreendido pela manutenção da subordinação da mulher ao homem (domínio patriarcal) na medida em que as relações entre o masculino e o feminino são desiguais e assimétricas.

³ Patriarcado é organização sexual hierárquica da sociedade tão necessária ao domínio político. Alimenta-se do domínio masculino na estrutura familiar (esfera privada) e na lógica organizacional das instituições políticas (esfera pública) construída a partir de um modelo masculino de dominação (arquétipo viril). COSTA (1999; p.4)

⁴ COSTA (1999; p.4)

⁵ MASSULA (2006; p. 143, 166)

comportamentos e arquétipos que são fruto de uma construção histórica que reverbera ao longo do tempo pelas instituições e relações sociais.

Realmente, é claro que o eterno, na história, não pode ser senão produto de um trabalho histórico de eternização. O que significa que, para escapar totalmente do essencialismo, o importante não é negar as constantes e invariáveis, que fazem parte, incontestavelmente, da realidade histórica: é preciso reconstruir a história do trabalho histórico de des-historicização, ou, se assim preferirem, a história da (re)criação continuada das estruturas objetivas e subjetivas da dominação masculina, que se realiza permanentemente, desde que existem homens e mulheres, e através da qual a ordem masculina se vê continuamente reproduzida através dos tempos. Em outros termos, uma “história das mulheres”, que faz aparecer, mesmo a sua revelia, uma grande parte da constância, de permanência, se quiser ser conseqüente, tem que dar lugar, e sem dúvida o primeiro lugar, à história dos agentes e das instituições que concorrem permanentemente para garantir essas permanências, ou seja, Igreja, Estado, Escola, etc., cujo peso relativo e funções podem ser diferentes, nas diferentes épocas.⁶

Dessa maneira, constata-se a importância de se observar o Judiciário e verificar se ele tem refletido as resistências para uma mudança de paradigma com relação à igualdade de gênero e a perpetuação de uma cultura de subordinação que está radicada na nossa sociedade, uma vez que, como reforça estudo da antropóloga Lia Zanotta Machado,

a construção simbólica masculina, em torno do desafio da honra, da disputa entre homens e do controle das mulheres se articula e constitui grande parte das formas de violência brasileira masculina, lembrando os padrões mediterrâneos, onde tais categorias já foram tão bem analisadas, e das quais culturalmente o Brasil é caudatário, especialmente através da cultura ibérica.⁷

Conforme explana Lourdes Bandeira⁸, dentro desse contexto de resistência de valores e de condutas, há que se ressaltar o importante papel das contribuições da crítica feminista à ciência, as quais possibilitaram evidenciar limites impostos às mulheres, além de demonstrar como a noção de gênero introduziu outros elementos de interpretação e de procedimento na prática científica. Dessa maneira,

⁶ BOURDIEU (2002; p. 99)

⁷ MACHADO (2001; p. 16)

⁸ BANDEIRA (2008; p. 207)

a crítica feminista explícita, incorpora e assume a tomada de consciência individual e coletiva, a qual é seguida por uma revolta contra o entendimento presente nas relações de sexo/gênero e a posição subordinada que as mulheres ocupam em uma dada sociedade, em um dado momento de sua história assim como na produção do conhecimento. Trata-se de uma luta para mudar/transformar essas relações e essa situação.⁹

De tal modo, por meio de pesquisas feministas chegou-se a apreensão de outros componentes da complexidade social que permitiram compreender a categoria de gênero¹⁰ como uma construção cultural e social, de modo que

nada há de universal na configuração das relações de gênero, a não ser que são sempre construídas. Trata-se sempre de uma construção cultural histórica. São o resultado de um “arbitrário cultural”, isto é, nada há de determinante no sexo biológico que faça com que feminino e masculino se definam ou se relacionem desta forma. As idéias mesmas da diferença sexual são engendradas no campo simbólico (cultural e social). Assim, as corporeidades e as sexualidades passam a ser analisadas enquanto socialmente simbolizadas e subjetivadas¹¹.

Enquanto fruto de uma construção, os papéis do feminino e do masculino que perpassam o senso comum de boa parte dos brasileiros é aquele que compreende a mulher como um objeto de satisfação de desejos e prazeres. Caberia à mulher, então, lavar a roupa, cuidar da casa, dos filhos, fazer a comida e ter relações sexuais sempre que seu marido desejar. Já ao homem caberia as atividades de provedor do lar, colocando dinheiro em casa e gerenciando as tarefas de sua mulher.

Percebe-se assim, dentre tantas outras implicações e pormenores que tangem os papéis construídos e atribuídos ao feminino e ao masculino (sempre ligados ao ser mulher e ao ser homem, respectivamente), que pode haver uma relação desproporcional na relação homem-mulher e mulher-homem enquanto se está inserido nesse paradigma que reproduz

⁹ BANDEIRA (2008; p. 210)

¹⁰ Gênero é uma categoria engendrada para se referir ao caráter fundante da construção cultural das diferenças sexuais, a tal ponto que as definições sociais das diferenças sexuais é que são interpretadas a partir das definições culturais de gênero. Gênero é assim uma categoria classificatória que, em princípio, pode metodologicamente ser o ponto de partida para desvendar as mais diferentes e diversas formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais entre os sexos e circunscreverem cosmologicamente a pertinência da classificação de gênero. Este conceito pretende indagar metodologicamente sobre as formas simbólicas e culturais do engendramento social das relações sociais de sexo e de todas as formas em que a classificação do que se entende por masculino e feminino é pertinente e faz efeito sobre as mais diversas dimensões das diferentes sociedades e culturas. MACHADO (2000; p. 5)

¹¹ MACHADO (2000; p.6)

desigualdades e subordinações. Chamaremos essas relações de relações domésticas¹², aqui compreendidas como qualquer relação de afeto que envolva a mulher, não reduzindo a relações maritais ou heterossexuais.

Como reafirma Machado,

A leitura do social informada, no Brasil, por um forte código relacional da honra, associado a um código individualista de direitos que não pôde atingir a generalização esperada para pacificar a sociedade, se articula hoje com um sentido da experimentação de que a violência não precisa ter razões outras além da afirmação do poder de violência, que passa a ter exclusivamente uma ação especular: inscrever um herói sacrificador. Estamos diante de novas formas de violência, e diante de novas modalidades de se articularem estas diferentes “formas de violência”. Estamos também diante de velhas e novas formas de se articularem os valores do masculino com os valores da violência. (...) É a própria concepção de masculino que inscreve esta dupla posição de poder estar ao mesmo tempo no “puro lugar da potência e da lei, sem a ela se submeter”, e estar no lugar de “representante ou depositário da lei social e, por isso, também submetido.”¹³

Essa compreensão evidencia uma sociedade patriarcal e machista e reafirma a necessidade urgente da garantia de direitos às mulheres como modo de equalizar uma relação construída historicamente de maneira desigual. Para tanto, há que reconhecer esse contexto histórico-social como incompatível com o paradigma atual de um Estado Democrático de Direito, no qual

liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto.¹⁴

Para o Direito, é importante reconhecer esse contexto e as persistências de uma cultura tão antiga. A Constituição democrática brasileira foi promulgada em 1988, nela estão contidos, por exemplo, em seu art. 5º, I – “homens e mulheres são iguais em direitos, nos

¹² Exposição de motivos da Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/2006, §15

¹³ MACHADO (2001; p. 25)

¹⁴ CARVALHO NETTO (2004; p. 37)

termos desta Constituição”¹⁵ e no art. 226 consta em seu §5º que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”¹⁶, todavia ainda hoje há uma persistência nos discursos e na prática jurídica da dificuldade no trato da igualdade das mulheres no que se refere às mais diversas formas de violências contra mulher.

Exemplo disto foram as declarações do juiz Edilson Rodrigues da comarca de Sete Lagoas, em Minas Gerais, nos autos do processo nº 222.942-8/06, no qual considerou a Lei Maria da Penha inconstitucional. Segundo ele,

Ora, a desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher, todos nós sabemos, mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem (...) O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi homem!" (...) "A Lei Maria da Penha é um conjunto de regras diabólicas" (...) "Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas dessa lei absurda, o homem terá de se manter tolo, mole, no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões."¹⁷

Se há apreensões de incongruências sistêmicas no Direito que revelam uma dificuldade institucional no trato da violência doméstica, então, o que a Constituição efetivamente constitui e garante com relação à igualdade de gênero? Conforme os ensinamentos do professor Menelick de Carvalho,

esse conteúdo (liberdade e igualdade) quando incorporado ao Direito como direitos fundamentais, como princípios constitucionais, ou seja, como igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, bem como, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar, como histórica e muito concretamente pudemos aprender, a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertençamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas orientações sexuais, devemos nos respeitar ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças.¹⁸

¹⁵ CF/88 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)

¹⁶ CF/88 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)

¹⁷ Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça (Edição nº 36/2011)

¹⁸ CARVALHO NETTO; SCOTTI (2011; p. 162)

Contudo, com relação à violência doméstica e familiar, por se relacionar a uma mudança estrutural nas relações da sociedade, há uma série de desafios que transpõem a prescrição constitucional e envolvem não só a mudança da práxis social como também implica em uma auto-avaliação de todos/as profissionais da área jurídica, uma vez que são eles/as que interpretarão e aplicarão as normas às complexidades de cada caso concreto.

Observa-se que apesar de estarmos inseridos em um paradigma de Estado Democrático de Direito, permanece o tratamento desigual e subordinado da mulher, assim como também persistem as dificuldades de garantir a igualdade das mulheres no trato institucional da violência doméstica. Nesse sentido, a luta pela não violência contra a mulher (simbólica, psicológica, moral, sexual, física, patrimonial) é uma mudança que exige um esforço reflexivo e contínuo por parte dos/as profissionais do direito para que o Direito não seja ao mesmo tempo o instrumento que resguarda a garantia da igualdade e o que a inviabiliza.

Para verificar a problemática da igualdade de gênero no trato institucional da violência doméstica e as persistências dessas dificuldades ainda hoje, é importante uma análise sobre o desenvolvimento dos discursos e da garantia de direitos às mulheres no direito brasileiro.

1.1 PRIMEIROS PASSOS PARA A GARANTIA DE DIREITOS ÀS MULHERES NA PERSPECTIVA CONCRETA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Conforme afirma Bourdieu,

se a unidade domestica é um dos lugares em que a dominação masculina se manifesta de maneira mais indiscutível (e não só através do recurso à violência física), o princípio de perpetuação das relações de força materiais e simbólicas que se exercem se coloca essencialmente fora desta unidade, em instâncias como a Igreja, a Escola ou o Estado e em suas ações propriamente políticas, declaradas ou escondidas, oficiais ou oficiosas. 19

¹⁹ BOURDIEU (2002; p. 137)

Depreende-se, a partir da afirmação de Bourdieu, a importância da análise do conteúdo dos discursos jurídicos como uma possibilidade de verificar o modo de perpetuação da dominação masculina dentro desse sistema.

Essa evocação do conjunto de instancias que contribuem para reproduzir a hierarquia dos gêneros deveria permitir esboçar o programa de uma análise histórica do que permanece e do que se transformou naquelas instâncias; analise esta que, por si só, pode fornecer instrumentos indispensáveis à compreensão tanto daquilo que podemos constatar ter, não raro de forma surpreendente, permanecido constante na condição das mulheres (e isto sem precisar invocar a resistência e a má vontade masculina ou a responsabilidade das próprias mulheres), quanto as mudanças visíveis ou invisíveis que tal condição experimentou em período recente.²⁰

Entender a aplicação do Direito como processo histórico, como um vir a ser constante e perpétuo, em que “os princípios se acomodam em normas e envelhecem; e as normas esquecem de que são meios de expressão do Direito móvel, em constante progresso, e não Direito em si”²¹ permite a compreensão de que, embora se tenham incorporado novos padrões legislativos e interpretativos, percebe-se a persistência de uma práxis jurídica que causa incômodo pela descon sideração de um recorte de gênero no trato institucional da violência doméstica.

O Direito se constrói na medida em que a sociedade demanda por novas formulações. Não há como apartar seu caráter histórico na sua construção, mas, também, não há como ignorar as transformações e novas demandas exigidas socialmente. Portanto, resta claro que o Direito não se baseia em regras fixas e imutáveis. Conforme Lyra Filho, o Direito é enquanto vai sendo. É um fenômeno que se revela e se constitui na medida em que ocorre e cada fenômeno transborda algo de novo e distinto. “Nesta perspectiva, quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social.”²²

²⁰ BOURDIEU (2002; p. 105)

²¹ LYRA FILHO (1982; p. 55)

²² LYRA FILHO (1982; p. 6)

Da mesma maneira, quando o Direito se furta a esse olhar, torna-se um não-Direito, pois reproduz de privilégios e poderes, ou seja, “o direito usado para dominação e injustiça é um direito ilegítimo, um falso direito”.²³

Com base no Direito Achado na Rua, a idéia de justiça²⁴ se concretiza no reconhecimento do processo histórico sob o qual está submetido o Direito, se realizando progressivamente na medida em que o Direito se abre para o reconhecimento de Direitos não estatais e de novas demandas da sociedade. A justiça representa o constante ‘voltar o olhar para a rua’.

Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Mas até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo, pois nem a sociedade justa, nem a Justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses. Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contra-dizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.²⁵

Mas afinal, qual tem sido o lugar das mulheres no acesso a justiça e no trato institucional da violência doméstica?

Tecer uma análise sobre a historicidade da problemática da igualdade de gênero no trato institucional da violência doméstica e, por meio dela, observar as transformações e as estagnações na compreensão das lutas por reconhecimento dos direitos das mulheres, possibilita identificar os caminhos e as características das diferentes formas de tratamento dessa espécie de violência no Brasil, a fim de facilitar a apreensão do modo como a permanência dessas dificuldades através do tempo se reflete no trato da violência doméstica hoje.

²³ LYRA FILHO (1982; p. 14)

²⁴ LYRA FILHO (1982; p. 55)

²⁵ LYRA FILHO (1982; p. 56)

Os direitos das mulheres são uma conquista bastante recente, de meados do século passado. O Direito ao voto foi garantido apenas em 1932, o reconhecimento de direitos em tratados e convenções internacionais apenas no final da década de 70 e início dos anos 80, destacando a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (CEDAW), de 1979, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994.

Apesar desses significantes avanços em termos de visibilidade de demandas por direitos das mulheres, apenas em 1985 surge no Brasil a primeira Delegacia de Defesa da Mulher²⁶, em São Paulo, que marcou o início da adoção pelo governo de medidas efetivas para prestar auxílio às mulheres em situação de violência.

Uma das causas da persistência da não garantia efetiva de direitos às mulheres era a falta de um atendimento específico a sua demanda. Criaram-se as delegacias de defesa da mulher que constituíram, até recentemente, conforme Massula, “na principal, senão única, política pública de prevenção e combate à violência contra as mulheres”²⁷, contudo, não houve um envolvimento do sistema judicial para uma prestação jurisdicional mais específica que garantisse a segurança das vítimas ao denunciarem e muito menos houve uma preocupação com relação à transformação social dessa realidade.

O Código Penal desde 1940 até 1995 prescrevia um funcionamento semelhante da justiça criminal para todos os tipos de crimes (exceto para aqueles que já possuíam lei extravagante específica). Tudo era tratado da mesma maneira: fazia-se a queixa na delegacia, abria-se um inquérito policial, ouviam-se testemunhas, produziam-se provas e faziam-se laudos.

Mesmo com a existência de algumas delegacias especializadas de atendimento à mulher, os crimes de agressão contra a mulher como injúrias, ameaças, lesões corporais e vias de fato (agressões que não deixam marcas, como empurrões e puxões de cabelo) eram tratados como todos os outros crimes. Como afirma Massula,

²⁶ Conforme consta no relatório final do OBSERVE – Observatório de Monitoramento da Lei Maria da Penha (<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/relatorio-final-do-observatorio-de-monitoramento-da-lei-maria-da-penha>)

²⁷ MASSULA (2006; p. 149)

Outro problema enfrentado pelas mulheres é a insuficiência de políticas públicas e serviços para o atendimento da demanda. O Brasil possui 5.560 municípios, 268 DEAMs e 71 casas-abrigo; ou seja, a demanda reprimida desses serviços é muito grande, e pode ser observada no dia-a-dia dos atendimentos. São inúmeros os relatos da falta desse serviço, por parte de ONGs que realizam o atendimento direto. Quando este existe, constantemente faltam vagas para o atendimento dos casos. Ou seja, é a concretização do “tem, mas está em falta!”²⁸

Assim, havia uma sobrecarga nas delegacias. Os crimes de agressão contra a mulher concorriam com outros crimes e eram, na maioria das vezes, deixados de lado devido à cultura machista e ao próprio despreparo para a compreensão da complexa relação que envolve a violência doméstica.

No âmbito das delegacias especiais, alguns fatores contribuíram para a limitação do objeto “violência contra a mulher” - cunhado pelas feministas -, para a noção da violência doméstica e familiar construído na práxis dos SOS e Delegacias Especiais de Atendimento às Mulheres. Um desses fatores apontados se refere à demanda que chegava às delegacias: basicamente violência conjugal - a mesma clientela dos SOS Mulher, assim os casos de assédio sexual e estupro praticados por pessoas estranhas ao convívio da mulher não eram atendidos. Não havia um reconhecimento, por parte das mulheres, de que os maus tratos que relatavam eram violência, no mais das vezes, referiam-se “às graças”, “às ignorâncias” dos maridos como excessivas e inaceitáveis mas, nem por isso, manifestavam qualquer reconhecimento sobre os efeitos de tais atitudes no que se refere a esperar que seus relacionamentos transcorressem em bases mais igualitárias (Debert e Gregori, 2008:169). A falta de uma tipificação penal da violência contra a mulher dava margem à “criatividade” (Debert e Gregori) ou intuição (Saffioti, 2002) das agentes policiais e escrivãs que classificavam os relatos das mulheres a partir da interpretação que elas próprias (agentes) tinham da violência. Dessa forma, havia uma compreensão das agentes que a delegacia tinha por objetivo a proteção à família e com esse intuito deveria também atender as crianças e idosos que sofriam violência.²⁹

Ademais, quando as denúncias chegavam aos tribunais, os julgamentos demoravam muito, tanto pela falta de prioridade quanto pela própria morosidade do sistema. Com isso, a mulher muitas vezes permanecia sob um ambiente de abusos e violências, sendo mal tratada e coagida a retirar sua denúncia e a permanecer calada, pois, não tinha a quem recorrer já que não se confiava na eficácia do judiciário e na sensibilidade da polícia para cuidar desses casos.

²⁸ MASSULA (2006; p. 157)

²⁹ NUNES; HITA (2010; p.4)

As agressões relatadas pelas mulheres eram consideradas pelas agentes das delegacias especiais como crimes, apesar da tendência de “resolver” a questão no próprio âmbito das delegacias levasse ao arquivamento dos processos, impedindo a apreciação dos mesmos pelo Poder Judiciário.³⁰

Dessa maneira, observou-se que a banalização da agressão contra a mulher devido à inobservância das peculiaridades que envolvem esta espécie de violência e à falta de adequação do trato institucional a complexidade dessa demanda.

Por meio da luta por reconhecimento de direitos das mulheres, como iguais destinatárias do Direito, evidenciando sua exclusão das garantias no espaço público e também no espaço privado e reivindicando igual respeito e consideração, emergiu o debate em torno da negligência com relação à violência doméstica e a necessidade de um recorte de gênero para um atendimento especializado dos casos, assim como para a implementação de medidas que dessem assistência às mulheres agredidas, aos seus filhos/as e ao próprio agressor.

1.2 O ADVENTO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS E O TRATO INSTITUCIONAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Em 1995, com a Lei 9.099/95, a tutela dos crimes de violência doméstica sai dos Juizados Comuns e vai para os Juizados Especiais como uma tentativa de garantir, de forma mais eficaz, um direito posto na Constituição de 1988 em seu art. 226 § 8º “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”³¹.

A Lei 9.099/95, em consonância com a Constituição Federal de 1988, criou os Juizados Especiais Criminais para atender aos crimes de menor potencial ofensivo, isto é, os crimes considerados de menor gravidade e que, portanto, têm pena máxima igual ou inferior a dois anos. A finalidade da elaboração da Lei era desafogar, por meio de um procedimento simples e célere, e com penas de cunho mais social que

³⁰ NUNES; HITA (2010; p.5)

³¹ CF/88 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)

punitivo, os sistemas carcerário e Judiciário, à época e ainda hoje sobrecarregados com uma demanda muito superior às suas possibilidades de atendimento.³²

Com exceção do homicídio, da lesão corporal de natureza grave e do abuso sexual, todas as demais lesões contra a mulher como lesões corporais leves, ameaças, crimes contra a honra e lesões de fato, os quais constituem o grande número dos casos de violência doméstica, passaram a ser tutelados pela Lei dos Juizados Especiais. Contudo, classificar os crimes de violência doméstica como crimes de menor potencial ofensivo gerou a transferência da análise desses crimes da esfera material para a esfera processual, assim, o debate da violência doméstica acabou muito mais centralizado no rito processual e na satisfação dos princípios dos Juizados do que na violência sofrida pela vítima.

Segundo Tavares, a categoria "crime de 'menor potencial ofensivo' não incorpora, igualmente, o comprometimento emocional e psicológico e os danos morais advindos de relação marcada pela habitualidade de violência, negando-se seu uso como mecanismo de poder e de controle sobre as mulheres"³³. Observa-se que o descompasso entre a norma e o bem jurídico tutelado diminui a importância da tutela da violência de gênero tanto pela inadequação do procedimento quanto pelas condições impostas à vítima na composição civil e na transação penal.

(...) não é razoável tratar da mesma maneira um delito praticado por um estranho e um delito praticado por alguém de estreita convivência. O crime cometido por estranho em poucos casos voltará a acontecer; agressor e vítima sequer se encontram novamente. Já aquele praticado por pessoa de estreita convivência tende a se repetir, bem como a evoluir para delitos de maior gravidade – como os homicídios de mulheres, que têm em comum o relato de inúmeras agressões anteriores ao desfecho fatal. Tais delitos podem ser classificados em duas categorias distintas: crimes aleatórios e crimes anunciados, sendo que a violência doméstica contra as mulheres constitui-se, na maior parte dos casos, em crime anunciado. Essa característica da violência doméstica contra as mulheres excluiria tais delitos da classificação "menor potencial ofensivo". Tal classificação, que leva em conta tão somente um critério técnico, o da quantidade da pena, não dá conta das outras circunstâncias que diferenciam a violência doméstica e majoram, portanto, seu potencial ofensivo. E mais, ao tratar de forma genérica delitos cercados de especificidades como aqueles de violência doméstica, o legislador não consegue atingir o escopo da lei penal de proteção ao bem jurídico tutelado.³⁴

³² MASSULA (2006; p. 161)

³³ TAVARES (1995; p. 291)

³⁴ MASSULA (2006; p. 162)

Dessa maneira, ao transferir a tutela de crimes de violência doméstica da justiça comum para os juizados especiais percebeu-se um reforço do tratamento da mulher como objeto de proteção e sua não consideração enquanto sujeito de direitos.

Ao mesmo tempo, os casos de violência contra a mulher passaram a corresponder a praticamente 70% da demanda dos Juizados Especiais³⁵. Fruto de uma demanda reprimida durante anos, ou até décadas, de mulheres que sofriam violência habitual e que não requeriam ao sistema judicial pela demora da prestação jurisdicional e pela falta de proteção individualizada à vítima desse tipo de crime.

A Lei 9.099/95 veio sob a insígnia do processo perante o Juizado Especial ser de rito sumariíssimo e orientar-se pelos “critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”³⁶ (art. 62) o que gerou um sentimento de esperança por parte das vítimas para a cessação da violência sofrida, tanto pela rapidez do processo quanto pelos baixos custos e pela proteção oferecida à vítima, conforme o art. 69, que apresenta a possibilidade de afastamento do agressor do convívio com a vítima como medida de cautela.

Cabe ressaltar que na maioria das vezes essa medida de cautela tornava-se ineficaz, uma vez que a conciliação sem a devida atenção à questão de gênero exposta na agressão não satisfazia a necessidade da vítima e não dificultava a reaproximação do agressor. Permaneceu, assim, a (des)proteção anteriormente assegurada.

Entretanto, é possível a conciliação quando se trata de uma relação habitual de violência que tem como subjacente uma formação psicossocial de subordinação “natural” de uns a outros?

Segundo Campos e Carvalho³⁷, os remédios dados pela Lei para a resolução do litígio como a conciliação, através dos institutos de composição civil e transação penal (art. 60 § único), impedem a concretização de tal equilíbrio. Conforme a promotora de justiça Laís Cerqueira em palestra dada no Seminário “Lei Maria da Penha: aspectos jurídicos e sociais”,

³⁵ Conforme informativo da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Disponível em: <<http://200.130.7.5/informativo2/informativo2/informativo8.asp?Edicao=6>>

³⁶ Lei nº 9.099/95 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>

³⁷ CAMPOS E CARVALHO (2006; p. 209-422)

realizado aos 04 de setembro de 2007 na sede da OAB/DF, não há como falar de acordo entre as partes quando não há uma relação de igualdade.

O instituto da composição civil inicialmente foi visto como uma forma de privilegiar a vítima, mas ele pressupõe a existência de dois litigantes em igualdade de condições, dessa maneira, observa-se a impossibilidade de aplicação do instituto em casos de violência doméstica, uma vez que há uma relação de desigualdade devido ao próprio ato da violência.

Da mesma forma ocorre com a transação penal, que além de submeter unicamente ao autor do crime a aceitação da pena restritiva de direitos, retira a possibilidade de fala da vítima sobre as condições impostas para a cessação da violência, assim, a vítima, mais uma vez, se sente marginalizada, agora, diante do próprio Poder Público. E, conforme Campos e Carvalho, “as condições geralmente impostas não cessam a violência, muito menos previnem novos conflitos, porque não são acompanhadas de nenhuma medida protetiva à vítima”³⁸.

Segundo características³⁹ da justiça restaurativa, quando há um desnível na relação entre as partes dispostas a resolver seu conflito por algum método alternativo de resolução de conflitos, é necessário preparar cada parte separadamente, compreender o contexto de opressão e de significações em que ambas estão inseridas e, a partir disso, realizar atividades que primem pelo empoderamento e autonomia das partes, para que elas tenham outras percepções sobre seus contextos de vida e possam falar de igual para igual sobre seus sentimentos, mágoas e possibilidade de acordo.

Porque o crime é tão devastador, tão difícil de superar? Porque o crime é essencialmente uma violação do ser, uma dessacralização daquilo que somos, daquilo em que acreditamos, de nosso espaço privado...o crime destrói o sentido de autonomia⁴⁰.

³⁸ CAMPOS E CARVALHO (2006; p. 209-422)

³⁹ Quais sejam: a visualização do processo vinculada à disputa concreta trazida pelas partes; a utilização de técnicas de conciliação e mediação; a preocupação com o empoderamento das partes e o envolvimento da comunidade (como os familiares e amigos próximos), provocando uma maior satisfação com o procedimento e aumentando o sentimento de justiça com a participação no processo e na conclusão do acordo; a análise prospectiva das disputas trazidas; a preocupação com o processo de responsabilidade e responsabilização quanto à violação praticada; a busca pela reparação dos danos e pela restauração dos relacionamentos. (ZEHR; 2008)

⁴⁰ ZEHR (2008; p. 24)

De acordo com Zehr, a vítima deve passar da fase de retração para a de reorganização, progredindo no sentido de não mais se submeter as dominações que a agressão e o agressor exercem em seu *psique*.

Conforme o autor, a vítima precisa validar suas emoções nos processos de resolução de disputas, mais especificamente no Judiciário, passando por uma real experiência de justiça. Daí a necessidade de repensar o sistema e institucionalizar outros meios que permitam à vítima participar do processo de julgamento do agressor, empoderando-a e restituindo sua autonomia pessoal, pois como bem afirma o autor em questão, “as vítimas não são sequer parte da compreensão do problema”⁴¹.

É importante enfatizar a aplicação de institutos característicos dos Juizados Especiais como a composição civil e a transação penal, pois sua aplicação foi extremamente controversa desde o advento da Lei 9.099/95, permanecendo como questão polêmica até meados de 2011, cinco anos após a aprovação da Lei Maria da Penha, quando o STF decide nos autos do HC 106.212/MS sobre a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06, o qual afasta expressamente a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes de violência doméstica, independente da pena prevista.

Outro ponto controverso da Lei 9.099/95 é obrigatoriedade da lavratura do termo circunstanciado e sua remessa imediata ao Juizado Especial. Esse fato conferiu visibilidade à questão específica da violência doméstica contra mulher, uma vez que por ser anteriormente tratado como os outros crimes, conforme Campos e Carvalho⁴², não se tinha a real dimensão da ocorrência deste, até mesmo porque a maioria dos inquéritos eram arquivados nas Delegacias de Polícia que possuíam poder informal para tanto, como citado anteriormente.

Contudo, a remessa obrigatória do termo circunstanciado ao Juizado Especial que por um lado é visto como uma vitória, por outro, como relata a promotora Laís Cerqueira no seminário “Lei Maria da Penha: aspectos jurídicos e sociais”, era desacompanhado de medidas protetivas indispensáveis, se tornando uma forma de aumentar a revolta do agressor, assim, muitas mulheres eram assassinadas antes da primeira audiência.

⁴¹ ZEHR (2008; p. 23)

⁴² CAMPOS E CARVALHO (2006; p. 209-422)

Em consonância com Dias, a grande demanda de conflitos domésticos levados aos Juizados Especiais, “conjugada ao despreparo dos magistrados ou conciliadores, tem demonstrado que a resposta do Poder Público opera inversamente ao discurso oficial de proteção às vítimas. Ao ser retirada sua capacidade de fala, o processo torna-se incapaz de lidar com a violência de gênero, negando proteção aos direitos fundamentais”⁴³.

A revelação da grande quantidade de mulheres que sofriam violência doméstica não foi acompanhada de efetivas medidas repressivas e preventivas. No que se refere à violência doméstica, como a esmagadora maioria do pólo passivo é composto por mulheres, não se poderia excluir a perspectiva de gênero na tutela desta espécie de agressão.

1.3 A LEI MARIA DA PENHA E A PROBLEMÁTICA DA (DES)IGUALDADE DE GÊNERO

Como marco sobre a questão da violência doméstica no Brasil, em 2001, é produzido o relatório do caso Maria da Penha Maia Fernandes⁴⁴, conhecido por apontar o intolerável grau de descaso do Estado em relação às agressões contra as mulheres. Maria da Penha sofreu graves agressões do seu marido: primeiro, ele atirou em suas costas, tentando matá-la - Maria ficou paraplégica. Duas semanas depois, seu marido tenta eletrocutá-la enquanto ela tomava banho. Nesse momento Maria da Penha decide se separar e lutar pelo fim da violência contra a mulher e o descaso do Judiciário com relação a sua dor e a de tantas outras Marias.

Apesar de algumas iniciativas governamentais contra a agressão no ambiente doméstico, como a própria lei dos Juizados Especiais e as delegacias especiais de atendimento a mulher – DEAM - constata-se que a ação da Maria da Penha passou 15 anos sem que prosseguisse o curso normal do processo para que as providências cabíveis fossem realizadas. Esse fato fez com que o Estado brasileiro fosse responsabilizado por omissão, negligência e tolerância em relação à violência contra as mulheres pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA).

⁴³ DIAS [S]. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/22/83/2283>>

⁴⁴ NUNES; HITA (2010; p. 1)

Buscando reafirmar preceitos constitucionais e estabelecer políticas públicas que visassem modificar a realidade fática discriminatória, surge, em 2004, um Projeto de Lei que tinha como objeto coibir a violência contra as mulheres, sendo aprovado em 07 de junho de 2006, vindo a ser conhecido como Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

No Brasil, a violência contra a mulher é um problema grave e recorrente que está entranhado na prática da nossa sociedade como herança secular de um ideário patriarcal de incapacidade e submissão da mulher. Afirmação que se comprova, por exemplo, pelas estatísticas do disque denúncia da Secretaria de Política para as Mulheres, o qual recebe cerca de 60.000 ligações por mês sobre relatos de agressões e pedidos de orientação sobre como proceder em casos de violência doméstica. Sem contar a cifra oculta de agressões. Estima-se que hoje, no Brasil, a cada 15 segundos uma mulher é agredida, conforme dados da Fundação Perseu Abramo⁴⁵.

A partir da responsabilização do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi promulgada a Lei Maria da Penha. Apesar desta lei ser fruto de uma reflexão tardia sobre a necessidade urgente de modificação da conjuntura de violências e agressões contra a mulher, já evidentes com pesquisas a partir da efetividade da aplicação da Lei 9.099/95, observa-se que a lei 10.340/06 é um avanço importantíssimo que consiste em uma mudança de postura extremamente significativa na legislação brasileira.

Por meio do seu advento realçou-se a gravidade da agressão às mulheres – condenando a cultura machista patriarcal – ao mesmo tempo em que se incentivou o empoderamento⁴⁶ e o sentimento de igualdade, tendo como base fundamental o reconhecimento do outro como sujeito de direitos. A análise dela e de seus fundamentos mostrará sua importância e necessidade para a transformação da realidade de violações.

⁴⁵ Conforme pesquisa da Fundação Perseu Abramo. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/projecao-da-taxa-de-espancamento>>

⁴⁶ Compreendido como, a alteração radical dos processos e estruturas que reduzem a posição de subordinada das mulheres como gênero. As mulheres tornam-se empoderadas através da tomada de decisões coletivas e de mudanças individuais. (...) O empoderamento das mulheres representa um desafio às relações patriarcais, em especial dentro da família, ao poder dominante do homem e a manutenção dos seus privilégios de gênero. Significa uma mudança na dominação tradicional dos homens sobre as mulheres, garantindo-lhes a autonomia no que se refere ao controle dos seus corpos, da sua sexualidade, do seu direito de ir e vir, bem como um rechaço ao abuso físico e a violação sem castigo, o abandono e as decisões unilaterais masculinas que afetam a toda a família. COSTA (1999; p. 7-9)

1.3.1 FUNDAMENTOS PARA A GARANTIA DE DIREITOS ESPECÍFICOS ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA

Uma Lei específica que resguarde os direitos das mulheres admite a existência de uma situação real de discriminação, de preconceito e de desrespeito contra as mulheres e reafirma a promoção de mecanismos que assegurem a igualdade entre os gêneros.

Contudo, muitos argumentam a inconstitucionalidade de uma lei que favoreça a proteção e a garantia de direitos especificamente às mulheres. Ora, homens também não sofrem violência doméstica? Por que não uma lei que seja específica pela existência da violência que envolve relações de afeto e não pelo gênero?

Conforme o paradigma hermenêutico atual, qual seja, o de um Estado Democrático de Direito, na medida em que há uma insuficiência para a efetiva garantia de direitos, em que se faz necessária a modificação de estruturas sociais seculares, extremamente perniciosas à maioria da população e, do lado oposto, assaz benéficas a determinados grupos, a consideração da igualdade como meramente formal leva a uma conjuntura na qual se desconsidera a realidade social.

Dentro da perspectiva do paradigma acima mencionado, uma Constituição constitui a igualdade como respeito irrestrito às diferenças. Sendo assim, no que se refere à garantia de direitos às mulheres, não há que se falar em inconstitucionalidade de uma lei específica para tanto, uma vez que resta clara a relação de construção de uma desigualdade histórica com relação à mulher. A lei Maria da Penha, enquanto instrumento de promoção da igualdade de gênero dentro de uma relação de extrema desigualdade, pela construção cultural de uma subordinação da subjetividade feminina à masculina, paradoxalmente reforça essa condição de desigualdade.

Dessa maneira, como ressalta Habermas⁴⁷, é necessário considerar que ao mesmo tempo em que são necessárias políticas de inclusão, elas devem ser constantemente revistas afim de que a “compensação de danos” não perdure no tempo a legitimação de outras desigualdades que surgem devido a essa mesma compensação. Pois, embora a Lei Maria da

⁴⁷ HABERMAS (2002; p. 304)

Penha sirva, em princípio, como ferramenta de promoção da igualdade de gênero, paradoxalmente, reconhece, incorpora e reforça a condição de desigualdade.

Sob uma visão jurídica há uma razão para essa discriminação criada reflexivamente nas classificações amplamente generalizadoras aplicadas a situações desfavorecedoras e grupos de pessoas desfavorecidas. Pois essas classificações “errôneas” levam a intervenções “normalizadoras” na maneira de conduzir a vida, as quais permitem que a almejada compensação de danos acabe se convertendo em nova discriminação, ou seja, garantia de liberdade converte-se em privação de liberdade. Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal: o legislativo e a jurisdição orientam-se seguindo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes.⁴⁸

Nesse contexto, surgem ações que visam promover a igualdade dentro da diferença, reconhecendo não apenas a garantia de direitos sob o aspecto material, mas a necessidade de diferenciar determinados grupos nessa garantia na medida em que a diferença deles os inferioriza simbólica ou socialmente.

Os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmo, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados aos Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quando a aspectos relevantes sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual.⁴⁹

Fruto dessa concepção, própria do paradigma de Estado Democrático de Direito, podemos considerar a Lei Maria da Penha. Ela contribui para a efetivação do previsto no parágrafo 8º do artigo 226 da nossa Constituição Federal: o Estado tem o dever de coibir a violência no âmbito da família. Contudo, a Lei vai além: ela trata da violência que ocorre não somente na família, mas em qualquer relação de afeto, não sendo necessário que o agressor conviva com a ofendida. Até mesmo a definição de família foi ampliada. Como tal são considerados não somente os laços naturais, mas também aqueles formados por afetividade ou por vontade expressa.

⁴⁸ HABERMAS (2002; p. 304)

⁴⁹ HABERMAS (2002; p. 303)

1.3.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS GARANTIAS CONTIDAS NA LEI MARIA DA PENHA

A lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) cria mecanismos para coibir a violência doméstica, retirando a tutela de tal crime dos Juizados Especiais (art. 41 da referida lei – artigo declarado constitucional no dia 24 de março de 2011, por meio da decisão do HC 106.212/MS), prevendo punições mais rígidas aos agressores, alterando o trâmite das denúncias e a proteção à vítima da violência.

Coibir e prevenir as agressões domésticas às mulheres é o objetivo da Lei, como enunciado logo em seu art 1º. Para atingir esse fim, ela estabelece políticas públicas e sociais, atribuindo responsabilidades para diversos setores da sociedade, dentre os quais merecem destaque os meios de comunicação (mídia), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Ela salienta, também, a importância da realização de campanhas nas escolas. É fato que muitas crianças presenciam e sofrem as agressões no ambiente doméstico – 79% das mulheres que sofrem violência possuem filhos e eles também são alvo dessa mesma violência, conforme estatística fornecida pela Secretaria de Política para as Mulheres por meio do serviço disque denúncia. A análise do dano psicológico que as crianças sofrem é fundamental para que o tratamento da violência doméstica seja trabalhado de maneira holística, considerando vítima, agressor, filhos, familiares e comunidade para que a intervenção psicossocial se dê de maneira mais eficaz e transformadora.

Com o advento da lei também ocorre uma alteração no Código Penal (art. 129) ampliando para 3 anos a pena de detenção aplicada àqueles que praticam o crime de violência doméstica e familiar, além de incluir uma causa de aumento de pena para outras lesões praticadas nos termos da tipificação da violência doméstica.

A nova Lei trouxe a obrigatoriedade de remessa aos juízes no prazo de 48 horas das queixas feitas a autoridades policiais para que sejam tomadas medidas de proteção à vítima e a seus filhos (art. 12 da referida lei). A Lei também passou a permitir a prisão em flagrante e a prisão preventiva (art. 20) do agressor.

Nas palavras do professor Cristiano Paixão no seminário “Lei Maria da Penha: Aspectos Jurídicos e Sociais”, realizado aos 04 de setembro de 2007 na sede da OAB/DF, não

se pode mercantilizar a violência! Por óbvio pode e deve haver penas alternativas, mas não há preço pela violência. Por isso, no art. 17 da lei foi vedada a mercantilização da violência com a proibição da aplicação de penas de cestas básicas, de prestação pecuniária e a substituição da pena que implique pagamento isolado de multa.

Com a retirada da competência dos Juizados Especiais para julgar e conhecer dos crimes de violência doméstica, toda denúncia de agressão contra a mulher passou também a gerar um inquérito policial. Além disso, ocorrendo agressão física, a mulher só pode retirar a queixa perante o juiz e antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Quando houver risco à ofendida, há diversas medidas protetivas de urgência que poderão ser aplicadas de imediato. O afastamento do agressor do local em que convivia com a ofendida e a suspensão de posse de armas são dois exemplos.

A lei também prevê em seu art. 33 a cumulação das competências civis e criminais das varas criminais para julgar e conhecer das causas relativas à prática de violência doméstica e familiar além de garantir o direito de preferência dessas causas.

Um ponto que gera bastante discussão é sobre o período que a ofendida pode desistir da ação. Segundo a lei, fica limitada a desistência até antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público e somente pode ser realizada em audiência com o juiz. Questiona-se se isso não geraria um medo, nas mulheres, de denunciar, uma vez que, muitas vezes, elas somente querem tornar pública sua situação. Por outro lado, defende-se que esse dispositivo ajuda a dar uma maior sensação de punição ao agressor, o que deixaria as mulheres mais seguras para fazer a denúncia.

Outra crítica em relação à Lei é que ela privilegiaria o aspecto punitivo, ao invés do preventivo. Esse é um argumento bastante utilizado para desqualificá-la, mas se mostra falacioso, uma vez considerado o aumento de pena decorre da desbanalização da agressão contra a mulher – antes, o crime seria qualificado dentro dos crimes de menor potencial ofensivo, estando sujeito à jurisdição dos Juizados Especiais Criminais.

Observa-se que o aspecto punitivo da Lei somente será realçado no caso em que as medidas preventivas e protetivas estabelecidas pela lei não forem cumpridas. Ademais, devido à reprimida demanda por justiça, quando há o empoderamento e a possibilidade de

equiparação de poderes dentro de uma relação afetiva, ocorre um natural encorajamento para as denúncias, o que gera uma maior punibilidade vez que há um aumento de denúncias.

Ademais, sua efetivação tem-se dado de maneira disforme pelo país. Há Estados que possuem Delegacias de Atendimento à Mulher (art. 8º, IV da lei 10.340), casas-abrigo, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 14 da referida lei), centro de recuperação de agressores, enquanto em outros, as mulheres são orientadas a não prestarem queixa dentro da própria delegacia.

Esse déficit é gerado por muitos motivos, dentre eles, ressalta-se o despreparo no atendimento das vítimas de violência, a morosidade do sistema judicial, o contingenciamento de recursos e o medo da dissolução das famílias por parte da vítima.

Contudo, há que se reconhecer que a implementação da Lei Maria da Penha ainda é muito recente em termos de alteração de um padrão secular. Não há como desconsiderar a Lei como uma vitória do movimento feminista, pois trouxe o aumento do debate em torno do tema e a inclusão da questão de gênero na proteção contra a violência doméstica, além de um aumento evidente da proteção.

Um dos objetivos da lei além da própria coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher é alterar o pensamento machista da sociedade e das próprias mulheres, as quais, muitas vezes, se submetem à violência por crerem nas promessas que seus agressores fazem após agredi-las (ciclos de violência) ou por considerarem esta situação como uma situação normal.

Enfim, dentre tantas outras mudanças, a Lei Maria da Penha representa uma reação da sociedade e do próprio Poder Público à problemática da violência doméstica contra a mulher, que há tempos está presente na sociedade e que foi por ela, velada por décadas.

Contudo, houve essa pretensa transformação? O Judiciário está preparado para lidar de maneira sensível com as questões de gênero envolvidas na violência doméstica?

Ao fazer uma análise comparativa do estado da arte da violência doméstica no Brasil com o advento da Lei 9.099/95 e da Lei 11.340/06, podemos observar que em alguns aspectos houve alterações importantes da postura do sistema judicial para oferecer um acesso à justiça efetivo às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Por exemplo, o atendimento psicossocial. Não há um acesso amplo de vítimas e agressores a ele, faltam

profissionais e prioridade de investimento, mas dentro das possibilidades de atendimento, tem sido exemplar o trabalho realizado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁵⁰.

Entretanto, permeia em ambas as leis a consideração da mulher como um objeto de proteção legal. Ela ainda permanece sem voz. Também não há o preparo de profissionais (delegacias, defensores/as, promotores/as, advogados/as, juízes/as) para lidar com questões de gênero. Evidencia-se um paradigma de justiça atrelado à celeridade, informalidade, economia processual, que não investe na autonomia e empoderamento da mulher.

A falta de pessoal capacitado e sensibilizado (Judiciário, polícia, defensorias públicas e casas-abrigo) para o atendimento de casos de violência contra as mulheres também é um fator que prejudica o acesso das mulheres agredidas à justiça. Em muitos casos, a mulher levou meses, até anos, para ter coragem de se dirigir a um serviço de atendimento e denunciar o agressor. Se neste momento de extrema coragem ela não encontrar apoio, acolhimento e profissionais capacitados para atendê-la, acaba desistindo de levar a denúncia adiante. Infelizmente, grande parte dos profissionais que realizam atendimento de mulheres em situação de violência jamais passou por uma capacitação ou sensibilização sobre as especificidades que cercam o tema. Essa falta de preparo prejudica bastante o atendimento, e em muitos casos acaba por revitimizar a mulher agredida – que, em lugar de apoio, encontra preconceito e uma visão estereotipada de sua situação.⁵¹

Assim, observa-se a urgência da inserção de uma sensibilidade capaz de atender às necessidades da vítima e a recuperação de seu agressor, tornando eficaz a tutela da violência doméstica contra a mulher.

1.3.3 UMA QUESTÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

No contexto paradigmático no qual vivemos, observa-se a garantia, ao menos teórica, da igualdade, da liberdade, do pluralismo, da participação e da promoção de espaços públicos para debate, entre outros. Entretanto, essas garantias devem ir além do texto escrito. Dentro desse paradigma a Constituição não pode mais ser vista como uma carta de princípios, mas deve ser interpretada e aplicada como um conjunto de Direitos que devem ser efetivados

⁵⁰ GHESTI (2006; pp. 368-388)

⁵¹ MASSULA (2006; p.156)

para toda a sociedade, respeitando as diferenças e as necessidades específicas de cada grupo social.

Nessa conjuntura, tem sido de fundamental importância as lutas dos movimentos sociais por novos direitos e, também, pela efetivação dos direitos já constitucionalmente assegurados.

Caracterizados a partir de suas ações sociais, estes novos movimentos sociais, vistos como indicadores da emergência de novas identidades coletivas, isto é, coletividades políticas, sujeitos coletivos, puderam elaborar um quadro de significações culturais de suas próprias experiências, ou seja, do modo como vivenciam suas relações, identificam interesses, elaboram suas identidades e afirmam direitos.⁵²

Tais movimentos, dessa maneira, contribuem para a ampliação dos espaços democráticos, originando e conferindo visibilidade a conflitos sociais que, em sua quase totalidade, decorrem de demandas sociais não concretizadas que, por diversas vezes, ou são ignoradas ou quando consideradas, são alvo de políticas públicas estatais que não correspondem à necessidade que realidade social demanda.

Enquanto sujeitos coletivos de direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, as privações da vida privada são concebidas como injustiças e não como repetições naturais do cotidiano. Eder Sader afirma com categoria que:

(...) justamente a revolução de expectativas produzidas esteve na busca de uma valorização da dignidade, não mais no estrito cumprimento de seus papéis tradicionais, mas sim, na participação coletiva numa luta contra o que consideram as injustiças de que eram vítimas. E, ao valorizarem a sua participação na luta por seus direitos, constituíam um movimento social contraposto ao clientelismo característico das relações tradicionais.⁵³

Sob esse aspecto, a Lei Maria da Penha representa uma reação da sociedade e do próprio Judiciário e Legislativo à problemática da violência doméstica contra a mulher, que há tempos está presente na sociedade e que foi, por ela, sempre submergida.

⁵² SOUSA JUNIOR (2002; p. 89)

⁵³ SOUZA JUNIOR (1999; p. 259)

Observa-se que a Lei, por si só, não gera uma uniformidade de opiniões na sociedade e nos Poderes Públicos, mas ela representa um passo fundamental em direção à efetivação de direitos à mulher contra a violência. Infelizmente, foram necessários vários anos de processos judiciais, violência contra Maria da Penha e tantas outras Marias, para que finalmente, fossem efetivados direitos garantidos constitucional e internacionalmente.

Estudos⁵⁴ demonstram que o microcosmo de justiça criado pela Lei Maria da Penha depende de uma atuação conjunta do Governo, da sociedade, do Executivo, do Judiciário, enfim, do Estado como um todo. Ao primeiro, compete planejar políticas públicas que tornem viáveis a efetivação dessa Lei para que possa ter eficácia e, portanto, aplicação possível e aceitação pela sociedade.

À sociedade compete a promoção de debates e o engajamento com a questão, mobilizando os meios de comunicação para a sua difusão e discussão; a cobrança do governo no que diz respeito à criação de políticas públicas; a cobrança dos órgãos da Administração para efetivarem essas políticas e tantas outras formas de manifestações mais autônomas e criativas desse ator social.

Ao Executivo, como dito acima, cabe a implementação das políticas públicas propostas pelo governo. Já ao Judiciário, toca a garantia de um acesso a justiça que seja não somente célere, mas que atenda de forma adequada às demandas surgidas. Tarefa extremamente complexa, já que envolve não só pôr em prática a lei, mas mobilizar e envolver todo o aparato do sistema judicial que está por trás desse microcosmo de justiça.

Ao Estado, com seu projeto normativo pluralista-participativo, está incumbida a tarefa de facilitar a participação popular por meio do oferecimento de possibilidades diversas de ação, respeitando a pessoa humana e sua liberdade.

Em resumo, para a consolidação de uma real democracia participativa, conforme Sousa Santos, cabe ao Estado promover a participação e a negociação, incluindo mais do que excluindo, por meio de uma mediação integradora das diferentes pretensões normativas e de uma real e constante adequação do formal ao material, arrefecendo a tensão validade/faticidade criada pela institucionalização.

⁵⁴ SOUSA SANTOS (2007)

Nota-se que o estímulo à visão para enxergar um problema é o principal desafio de todos os atores sociais, pois, como as interações e as problemáticas sociais são dinâmicas, é necessário construir e reconstruir, a cada instante, os palcos de ação, para que se possa desfrutar de uma autonomia social adquirida intersubjetivamente.

Contudo, observa-se que a dinamicidade social não é acompanhada pelo Direito, que ao contrário, se transforma mais lentamente que o Executivo e o Legislativo, processo favorecido pelo parco de debate. Pois, sem perceber o outro, sem enxergá-lo dentro da sua diferença não é possível compreender a legitimidade dos seus anseios – exercício de alteridade.

A alteridade é um dos componentes do paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual se prega o respeito à diferença e, ao mesmo tempo, à igualdade. A diferença existe e precisa ser respeitada e tratada de forma específica na medida das necessidades que essa mesma diferença impõe.

Percebe-se que as diversas mulheres vítimas de violência, que por muito tempo permaneceram e ainda permanecem caladas, começam a ter lugar no espaço criado por uma ação conjunta dos atores sociais, os quais estão voltados à compreensão de questões mais profundas da sociedade.

Assim, caem as vendas da justiça para o que sempre foi ignorado. Como ressalta Sousa Santos, apenas é possível por meio de reivindicações, “porque se não o fizerem com autonomia, com força, com organização popular e de massa, não o vão conseguir”⁵⁵.

No caso da violência doméstica, é insuficiente a existência de Delegacias da Mulher, da Lei Maria da Penha, de casas abrigo, de prisões, de atendimento psicossocial, entre outros. Para alterar um elemento cultural tão recorrente e fortemente arraigado, é necessário uma ação conjunta. A existência de uma lei específica ressalta uma falha na compreensão social das relações em uma sociedade democrática, dessa maneira, ela reforça o nosso dever, enquanto cidadãos e integrantes de uma sociedade, de respeitar a todos e todas, irrestritamente.

Por isso, surge a idéia da educação continuada como um dos alvos para a concretização do acesso à justiça. Boaventura⁵⁶ sugere a realização de seminários e

⁵⁵ SOUSA SANTOS (2007; p. 103)

congressos com magistrados antes que uma determinada lei entre em vigor, com o intuito de que o juiz possa ter tempo para refletir e discutir sobre a lei e a consequência da sua aplicação desta ou daquela maneira para determinados setores da sociedade.

Outro ponto referente à ampliação do acesso à justiça é a expansão do leque de possibilidades já existentes e a capacitação dos que a elas estão vinculados. Por exemplo, como as delegacias de atendimento à mulher, as defensorias públicas, os juizados especiais e as próprias Universidades. A violência doméstica é uma questão de segurança pública, devendo possuir todo o apoio necessário desse sistema judicial para que a mesma cesse o quanto antes.

Esses passos indicados por Boaventura de Souza Santos fazem parte da compreensão e da internalização sistêmica de uma coerência com relação aos limites de possibilidades de reposta do Direito dentro do paradigma de Estado Democrático de Direito que vivenciamos, em que, muitas vezes, a normatização das relações da sociedade costuma inverter a lógica de interpretação a qual nos leva a incorrer no erro de acreditar que é a sociedade que deve se adequar sempre ao direito, perdendo a dimensão do sujeito no ato de interpretar e aplicar a norma.

Observa-se que um acesso democrático à justiça inclui, portanto, a possibilidade e a plena execução de leis como a Lei Maria da Penha. A relação entre as várias Marias e o judiciário deve ser uma relação horizontal, no sentido da compreensão da realidade vivida e da interpretação/aplicação das normas que considera a complexidade de tais relações fáticas.

Ressalta-se a necessidade de reconhecer que a sociedade é muito mais complexa do que o direito pode prever e admitir isto é uma questão de Direitos Humanos na medida em que garante um acesso à justiça que considera as diferenças e as necessidades, assegurando as garantias mais básicas que a Constituição prevê.

Quando consideramos a justiça como paradigma e não um paradigma de justiça, conforme explana Zehr, ressalta-se a importância da perspectiva histórica para a compreensão da formação do paradigma da justiça como uma forma de melhor compreender seus moldes atuais e toda a estrutura pré-concebida arraigada na sociedade que, em sua

⁵⁶ SOUSA SANTOS (2007)

maioria, apenas reforça estereótipos negativos quanto ao sistema de justiça atual, tornando sua transformação lenta e de difícil institucionalização.

“Perspectivas históricas e trans-culturais nos ajudaram a ver quanto nossa visão do mundo é moldada pelas lentes específicas através das quais vemos esse mesmo mundo”⁵⁷ e, a partir dessa conscientização, conforme o autor, nos cabe repensar o relacionamento entre a retribuição e a restauração.

De acordo com Habermas, nossa identidade é um projeto de nós mesmos, não é algo que ativamente assumimos, depende de nossas tradições, da nossa cultura. Todavia, cabe a nós escolhermos as tradições que queremos dar continuidade ou não. Este seria o ponto de inflexão do nosso agir comunicativo, da nossa tolerância, depende de nós mudarmos nosso pensar e nosso agir – “não é o *fiat* de uma dúvida posta no papel que nos torna capazes de trazer para o lado objetivo nem nossa identidade nem tampouco nosso universo de vida como um todo.”⁵⁸

Está em jogo a legitimidade de expectativas e reivindicações que nos impomos não somente como participantes da situação específica, mas como alheios a ela, para além de grandes distâncias geográficas ou históricas, culturais ou sociais. Aí não se trata mais do que é ‘bom’ para nós como membros de uma coletividade, mas sim do que é ‘correto’ para todos.⁵⁹

Desta forma, ao julgar uma questão de justiça, busca-se uma solução na qual todos os sujeitos participantes cheguem a um acordo, após muito ponderar, no contexto de um diálogo isento de coercibilidade e sustentado por condições igualitárias. Sob esses pilares se basearia uma justiça que fosse restaurativa, alternativa ao modelo atual de justiça retributiva.

Observa-se, portanto, que para alcançar esse comum acordo, em uma condição de igualdade, é imprescindível analisar a problemática da igualdade das mulheres no trato institucional da violência doméstica a fim de demonstrar incoerências desse próprio sistema e evidenciar a práxis comum que ainda coloca a mulher como objeto de proteção.

⁵⁷ ZEHR (2008; p. 80)

⁵⁸ HABERMAS (1996; p.304)

⁵⁹ HABERMAS (1996; p.305)

Uma das formas que evidenciam um judiciário ainda permeado de preconceitos é o discurso jurídico o qual demonstra uma persistência na dificuldade de consideração das mulheres enquanto sujeitos de direito, funcionando como um obstáculo para uma compreensão sensível dos casos de modo a romper com paradigmas seculares de discriminação e submissão da mulher.

CAPÍTULO 2 - A PERSISTÊNCIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA MULHER COMO SUJEITO DE DIREITO NOS DISCURSOS JURÍDICOS

Diante do desafio de proporcionar proteção diferenciada à mulher com relação à violência doméstica, foi editada a Lei Maria da Penha, tendo como objetivo combater as desigualdades existentes nas relações domésticas.⁶⁰

Nessa medida, é imprescindível uma análise a fim de averiguar se há incoerências nesse sistema e para entender qual é o lugar da mulher no ordenamento jurídico brasileiro dentro do paradigma de igualdade, superado o paradigma de proteção da mulher enquanto objeto. A análise do discurso jurídico é uma das formas de evidenciar quais preconceitos ainda são perpetuados pelo Judiciário, os quais podem dificultar uma compreensão sensível dos casos de violência doméstica de modo a romper com paradigmas seculares de discriminação e submissão da mulher.

Em nossa linguagem cotidiana está inscrito ainda, na qualidade de um saber evidente, que a integridade do ser humano se deve de maneira subterrânea a padrões de assentimento ou reconhecimento, como os que tentamos distinguir até agora; pois, na autodescrição dos que se vêem maltratados por outros, desempenham até hoje um papel dominante categorias morais que, como as de ‘ofensa’ ou de ‘rebaixamento’, se referem a formas de desrespeito, ou seja, às formas do reconhecimento recusado. Conceitos negativos dessa espécie designam um comportamento que não designa uma injustiça só porque ele estorva os sujeitos em sua liberdade de ação ou lhe inflige danos; pelo contrário, visa-se àquele aspecto de um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquiriram de maneira intersubjetiva. (...) Daí nossa linguagem cotidiana conter referências empíricas acerca do nexos indissolúvel existente entre incolumidade e a integridade dos seres humanos e o assentimento por parte do outro.⁶¹

Para tanto, será feita a análise do conteúdo dos discursos dos autos do *Habeas Corpus* 106.212/MS, devido a sua extrema importância na aplicação da Lei Maria da Penha,

⁶⁰ Exposição de motivos da Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/2006: “12. É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado. Os direitos à vida, à saúde e à integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira vantagem de sua força física ou posição de autoridade para infligir maus tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos.”

⁶¹ HONNETH (2003; p. 213)

uma vez que afasta a aplicação de institutos característicos dos Juizados Especiais por meio da declaração de constitucionalidade do art. 41 dessa lei. De tal modo, crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não podem mais ser considerados como crimes de menor potencial ofensivo.

Ademais, a análise do conteúdo dos discursos do referido *Habeas Corpus* também se mostra importante por se tratar de uma ação cujo cerne é a proteção de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Por meio dele, a mais alta instância decisória do Poder Judiciário evidenciou fundamentos que revelam o modo ou modos de compreensão sobre o próprio recorte de gênero presente na violência doméstica e a problemática da igualdade constitucional.

Para tanto, foram criadas categorias de grupos discursos contidos na decisão do *Habeas Corpus* 106.212/MS afim de criar uma sistematicidade no processo de análise do conteúdo dos votos. Durante os processos de leitura, foram identificados pontos de intersecção nas argumentações desenvolvidas e, a partir desses pontos, excertos foram reunidos em diferentes grupos de discursos. Também foram identificados silêncios com relação a temas que pareciam fundamentais para uma melhor análise do *Habeas Corpus* e um debate mais aprofundado com relações às questões de gênero que permeiam a violência doméstica e a consideração da mulher enquanto sujeito de direito.

Dessa maneira, a análise do conteúdo dos discursos contidos no *Habeas Corpus* supracitado se dará por meio dos seguintes grupos de discursos:

Incompreensões acerca do recorte de gênero na análise da violência doméstica. Nesse grupo de discursos, percebe-se a ausência da perspectiva de gênero na análise da violência doméstica e de interpretação das complexidades que envolvem essa espécie de violência.

O condicionamento da garantia de direitos às mulheres por meio da defesa do contexto familiar. A defesa da família em detrimento da mulher como sujeito autônomo de direitos não é compatível com os valores e princípios de um Estado Democrático de Direito.

Silêncios e ausências. Há vazios de argumentação que evidenciam lacunas quanto a percepções que parecem ser necessárias para uma melhor compreensão das questões de gênero que permeiam a violência doméstica.

A análise das falas e silêncios contidos nos grupos de discursos permitiu a observação do reforço de persistências históricas de dominação e desigualdade das mulheres. Desse modo, revelou tensões que demonstraram a tentativa de garantia de direitos às mulheres ao mesmo tempo em que evidenciou a dificuldade da consideração das mulheres enquanto sujeitos de direito.

2.1 INCOMPREENSÕES ACERCA DO RECORTE DE GÊNERO NA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A investigação das incompreensões acerca do recorte de gênero na análise da violência doméstica perpassa por uma análise do Direito e da linguagem. Pode-se averiguar a existência de uma interpretação sensível das demandas judiciais a partir da análise da inserção de elementos⁶² dionisíacos, que dizem respeito à criatividade, à sensibilidade e à clareza, em contraposição a elementos apolíneos da razão e da sistematização jurídica.

Por meio do jogo desses dois elementos foi realizada uma investigação sobre o discurso judiciário e sua articulação com a garantia da igualdade de gênero. Conforme Diniz, o “gênero é aprendido, transmitido ao longo das gerações e incorporado pelas diversas instituições sociais”⁶³, nessa medida, observou-se a importância da análise do conteúdo dos discursos jurídicos para uma verificação das suas subjacências com relação à afirmação da igualdade e da garantia de direitos às mulheres. Nesse sentido, afirma Bordieu que,

para terminar este recenseamento dos fatores institucionais de reprodução da divisão dos gêneros, teríamos que levar em conta o papel do Estado, que veio ratificar e

⁶²NIETZSCHE (1948; p. 185-195)

⁶³ DINIZ (1999; p. 183)

reforçar as prescrições e as proscricções do patriarcado privado com as de um patriarcado público, inscrito em todas as instituições encarregadas de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade domestica. (...) realizações acabadas da visão ultraconservadora que faz da família patriarcal o princípio e modelo da ordem social como ordem moral, fundamentada na preeminência absoluta dos homens em relação às mulheres, dos adultos sobre as crianças e na identificação da moralidade com a força, coragem com o domínio do corpo, lugar de tentações e desejos, os Estados modernos inscreveram no direito de família, especialmente nas regras que definem o estado civil dos cidadãos, todos os princípios fundamentais da visão androcêntrica. E a ambigüidade essencial do Estado consiste, por um lado determinante, no fato de que ele reproduz em sua estrutura mesma, (...) a divisão arquetípica entre o masculino e o feminino. Ficando as mulheres com a parte ligada ao Estado social, não só como responsáveis por, como enquanto destinatárias privilegiadas de seus cuidados e serviços.⁶⁴

No trecho a seguir também são evidenciados a demarcação de estereótipos, reforçando argumentos que revelam a afirmação da dominação masculina no campo simbólico, demonstrando seu silêncio acerca do significado das relações de gênero. Ao mesmo tempo em que o Ministro, na conclusão da sua argumentação, demarca seu repúdio ao patriarcalismo e ao machismo como violência contra a mulher.

“Art. 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;” Mas essa igualdade só interessa às mulheres, porque, para proclamar a igualdade dos homens, nunca houve necessidade nem de lei nem de constituição. No plano dos fatos, os homens sempre se comportaram como se superiores fossem, levando para o campo da honra ou para o campo da dignidade intrínseca a sua vistosa superioridade física. E a Constituição, em diversas passagens, vai falando da mulher no sentido superlativo, juridicamente superlativo, como forma de compensação das suas desvantagens no plano factual, mas não só factual, factual-histórico, numa renitência de patriarcalismo ou de machismo sulamericano, que toca as raízes da brutalidade contra a mulher.”⁶⁵ (Min. Ayres Britto)

Cabe ressaltar que a igualdade entre os gêneros é uma questão de efetivação do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais para toda a sociedade. Faz parte do exercício da cidadania a cobrança por todos e todas da efetividade dos princípios e das garantias constitucionais como respeito irrestrito às diferenças no plano da validade e também no plano da facticidade.

⁶⁴ BOURDIEU (2002; p. 104-105)

⁶⁵ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

O estudo da construção do direito perpassa pelo estudo da construção da linguagem, de seus significantes e significados⁶⁶; pela compreensão de que o processo de construção do Direito é um processo de destruição do heterogêneo e simulação da construção do homogêneo.⁶⁷

O direito por muito tempo representou fictamente a construção da homogeneidade, da igualdade. Hoje, busca-se a destruição dessa igualdade aparente e a retomada da heterogeneidade, da pluralidade, do reconhecimento da diferença dentro da igualdade.

A segunda novidade diz respeito à equivalência entre os princípios da igualdade e da diferença. Vivemos hoje em sociedades obscenamente desiguais e, no entanto, a igualdade não se impõe como ideal emancipatório. A igualdade, entendida como equivalência entre iguais, acaba por excluir o que é diferente. Tudo o que é homogêneo à partida tende a transformar-se em violência exclusivista. Daí que as diferenças, por carregarem consigo visões alternativas de emancipação social, devam ser respeitadas. (...) Esta articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da diferença exige um novo radicalismo nas lutas pelos direitos humanos.⁶⁸

Diferença que tem que ser afirmada hoje, como forma de garantir a igualdade, uma vez que ainda se reconhecem preconceitos e imaginários de subordinações, como é afirmado nos autos do *Habeas Corpus* em questão:

“Eu diria, ao iniciar o meu voto, Ministro Dias Toffoli, que Vossa Excelência iniciou citando uma lei de 1830. E para nós, mulheres, juízas, advogadas, que não tenham profissão ou que tenham qualquer profissão, o triste é que aquela lei passou, mas a cultura social ainda não se transformou. O preconceito continua, o preconceito gera raiva, raiva gera violência. E essa violência de dentro de casa é muito pior, porque ela é silenciosa e ela não quebra - e talvez isso, neste *habeas corpus*, especificamente, se deixa apenas entrevê -, não é a carne de uma de nós, até porque, todas as vezes que uma de nós é atingida, todas as mulheres do mundo são. É a circunstância de que se quebra a psiquê de cada uma de nós. É a auto estima que vai abaixo, é esta mulher que não tem mais condições de cumprir o seu papel com a dignidade - estamos falando, na verdade, da dignidade humana.”⁶⁹ (Min. Cármen Lúcia)

⁶⁶ Como afirma Foucault, “o discurso nada mais é do que um jogo, de escritura, no primeiro caso, de leitura, no segundo caso, de troca, no terceiro, e essa troca, essa leitura e essa escritura jamais põem em jogo senão os signos. O discurso se anula, assim, em sua realidade, inscrevendo-se na ordem do signifiante” (FOUCAULT; 2010; p. 49)

⁶⁷ NIETZSCHE (1948; p. 185-195)

⁶⁸ SOUSA SANTOS (2003; p.28)

⁶⁹ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

Conforme Habermas, no reconhecimento da tensão entre a facticidade e a validade se torna possível repensar o lugar do indivíduo dentro do Sistema Social e o papel do próprio Sistema Jurídico, como forma de reconhecer a necessidade de uma constante revisão da justificação de uma validade normativa que possua como questão central a intersubjetividade ligada a análise do caso concreto conforme suas especificidades - contexto.

A validade pretendida para enunciados e normas (também para frases que expressam vivências) transcende, de acordo com seu sentido, os espaços e tempos, ao passo que a pretensão atual é levantada sempre aqui e agora, no interior de determinados contextos, sendo aceita ou rejeitada – o que acarreta consequências para a ação, gerando fatos. A validade pretendida por nossos proferimentos e pelas práticas de nossa justificativa distingue-se da validade social dos Standards exercitados factualmente, das expectativas estabilizadas através da ameaça de sanções ou do simples costume. O momento ideal de incondicionalidade está enraizado nos processos de entendimento factuais, porque as pretensões de validade põem à mostra a dupla face de Jano: enquanto pretensões, elas ultrapassam qualquer contexto; no entanto, elas têm que ser colocadas e aceitas aqui e agora, caso contrário não poderão ser portadoras de um acordo capaz de coordenar a ação – pois não existe para isso um contexto zero. A universalidade da aceitabilidade racional asserida explode todos os contextos; entretanto, somente a aceitação obrigatória *in loco* pode fazer das pretensões de validade trilhos para uma prática cotidiana ligada ao contexto.⁷⁰

Não há como generalizar o pressuposto habermasiano da sua teoria do agir comunicativo como sendo a melhor saída para questões subjetivas e hermenêuticas referentes à garantia da igualdade de gênero. Contudo, ela demonstra ser um instrumento aplicável quanto a repensar e a (re)construir um Direito que constantemente reflexiona seus fundamentos, sua justificação, proporcionando uma inclusão do outro e um rompimento de preconceitos por meio da conscientização da constante tensão existente entre os planos fático e normativo.

Observa-se em falas contidas na decisão do *Habeas Corpus* 106.212/MS, a ausência dessa reflexão sobre os fundamentos no plano da validade conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, reforçando a desconsideração da mulher como sujeito de direitos por meio de uma argumentação que reproduz o papel do feminino e da mulher enquanto protetora da casa e dos filhos. Vez que é incompatível com o paradigma atual, há

⁷⁰ HABERMAS (2003; p. 39)

um erro grosseiro na consideração da mulher como sujeito de direitos apenas enquanto mães, parideiras, pois protegê-las significaria proteger às crianças.

“Diz a Constituição: “§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” A quem interessa esse tipo de norma? À mulher, e não ao homem, porque o homem - volto a dizer - nunca precisou de proteção jurídica, as mulheres, sim. Depois, a Constituição no § 8º, do artigo 226, diz: “§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” Ora, quem, historicamente, é vítima de violência nos ambientes domésticos? Os homens? As mulheres. E proteger as mulheres é mais do que proteger as mulheres, é proteger as crianças, com quem as mulheres têm muito mais afinidade, identidade, intensidade de afetos, comportando-se perante seus filhos como se eles fossem crias, e como se elas fossem verdadeiras lobas, como se diz, tradicionalmente, numa linguagem literária. As mulheres dão a vida pelos seus próprios filhos, sem qualquer pestanejamento, sem qualquer hesitação.”⁷¹ (Min. Ayres Britto)

Essa argumentação, inclusive, vai de encontro à exposição de motivos da Lei Maria da Penha, a qual reafirma seu papel como instrumento da promoção da igualdade das mulheres, reconhecendo a complexidade das questões que envolvem esta espécie de violência, mas reafirmando a necessidade de garantia de direitos às mulheres enquanto sujeitos de direito e não por um papel social que exerça, como mãe, esposa ou companheira.

É importante que seja considerada para a reflexão sobre questões como a violência doméstica, as contribuições da crítica feminista à ciência⁷² e o novo paradigma de compreensão das relações sociais, a partir da perspectiva de gênero, como forma de confrontar a justificação da validade normativa por meio de uma nova percepção da facticidade.

A utilização do conceito de gênero propiciou um novo paradigma metodológico: “Em primeiro lugar porque se está diante da afirmação compartilhada da ruptura radical entre a noção biológica de sexo e a noção social de gênero. Em segundo lugar, porque se está diante da afirmação do privilegiamento metodológico das relações de gênero, sobre qualquer substancialidade das categorias de mulher e homem ou de feminino e masculino. Em terceiro lugar porque se está diante da afirmação da transversalidade de gênero, isto é, do entendimento de que a construção social de gênero perpassa as mais diferentes áreas do social. Estes me parecem os três pilares que permitem diferenciar a proposta paradigmática dos estudos de gênero frente à proposta metodológica dos estudos sobre mulheres”. (Machado, 1998) No meu entender, caminhamos e, em parte, chegamos, no campo

⁷¹ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁷² BANDEIRA (2008; pp. 13-15)

dos estudos de gênero, a um bom refinamento teórico e metodológico a partir da introdução deste novo conceito e de todas as novas formas e ferramentas correlatas de refletir, indagar e interrogar as formas da construção social e cultural do que, por muito tempo, foram as naturalizadas relações derivadas das diferenças de sexo.⁷³

É sob essa perspectiva, a de um novo paradigma do Direito que busca o fortalecimento da (inter)subjetividade, da alteridade, por meio da compreensão das ficções jurídicas e da apresentação do mundo como tal, que se observaram as conexões entre o direito e a linguagem e suas múltiplas possibilidades de interpretação e criação de um Direito que pode ser instrumento de transformação de si próprio, transpondo a tradição jurídica e judicial a fim de proporcionar uma adequação sensível da norma ao caso concreto.⁷⁴

Quando é utilizada a perspectiva da inclusão do outro, enquanto pressuposto da teoria de Habermas, considera-se a crítica de autor quanto a uma razão centrada exclusivamente no indivíduo. Sua teoria perpassa primeiramente pela compreensão e pela consideração da complexidade das relações entre os indivíduos e a ponderação de que a reflexão e sua própria crítica não se realizam fora de contextos dialógicos do agir comunicativo.

(...) a configuração democrática do sistema de direitos acata não apenas demarcações políticas de objetivos em geral, mas também fins coletivos que se articulam em lutas por reconhecimento. Pois diferentemente do que se dá com normas morais, que regulamentam de forma geral as interações possíveis entre os sujeitos capazes de agir e falar, as normas jurídicas referem-se a contextos interacionais de uma sociedade concreta.⁷⁵

Dessa maneira, pode-se averiguar a importância da perspectiva habermasiana a partir da análise de dois trechos nos quais se percebe como o jogo do discurso⁷⁶ possibilita uma inversão do lugar da mulher enquanto sujeito de direito, tornando-a um objeto de proteção jurídica por meio de uma justificação metafísica.

“É curiosa essa discrepância entre a ordem social, desfavorecedora das mulheres, e a ordem divina - digamos assim -, porque salta aos olhos - para quem é criacionista, e

⁷³ MACHADO (2000; p. 6)

⁷⁴ MAFFESOLI (2005)

⁷⁵ HABERMAS (2002; p.252-253)

⁷⁶ FOUCAULT (2010; p. 49)

eu sou criacionista - que a obra-prima da criação é a mulher. Daí se falar até de instinto maternal, e ninguém nunca falou de instinto paternal. As mulheres têm premonição. Deus, quando criou a mulher, não se permitiu terceirizar.”⁷⁷ (Min. Ayres Britto)

“Vossa Excelência me permite? Inclusive as mulheres suportam o que aponto como deformidade sublime, que é a gravidez, portando um ser. E, portar um ser é a grande compensação, além de ter-se a volta ao perfil primitivo.”⁷⁸ (Min. Marco Aurélio)

Por ser incompatível com os valores e princípios de um Estado Democrático de Direito, não cabe ao Judiciário adotar uma postura de sustentação de uma cultura machista e patriarcal, que insiste em tratar a mulher como um mero objeto de proteção em detrimento da concreção de direitos e da construção de autonomia e igualdade.

A tensão facticidade/validade decorre principalmente de um jogo anterior proveniente da compreensão de significante/significado⁷⁹: o discurso⁸⁰ não abrange em si todo o significado de uma demanda judicial, e nem o poderia. Nessa medida, a linguagem e o Direito, como também reflexo dessa performance do discurso, devem se desprender da metafísica da representação objetiva de argumentações etéreas e normativas e considerar o subjetivo.

Contudo, como bem lembra Maffesoli⁸¹, considerar as subjetividades por meio da inserção da sensibilidade na práxis jurídica não significa a exclusão da razão do pensamento jurídico-filosófico para a interpretação da lei e sua aplicação ao caso concreto, mas, sim, a prática de uma razão sensível que reconheça o projeto histórico de construção homogênea de uma ‘ciência social’ que lida essencialmente com o heterogêneo.

Nietzsche⁸² faz uma importante consideração com relação à performance e à possibilidade de união entre a razão e a sensibilidade. O filósofo faz com que se perceba que o processo de construção do Direito é um processo de destruição do heterogêneo e de performance de construção do homogêneo na tentativa de forjar uma unidade e linearidade de compreensão, pois a fragmentação chocaria, paralisaria. Nesse sentido, cabe pontuar o seguinte discurso extraído do *Habeas Corpus* 106.212/MS:

⁷⁷ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁷⁸ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁷⁹ WITTGENSTEIN (2005; p.25)

⁸⁰ FOUCAULT (2010; p. 49)

⁸¹ MAFFESOLI (2005)

⁸² NIETZSCHE (2008; p. 52-53)

“gostaria de louvar o voto do eminente Relator e lembrar que, de fato, nós já tivemos outras manifestações. Foi citada a ADI da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se apontou que uma proteção reforçada a determinados valores previstos no texto constitucional não significa desigualdade ou mesmo violação ao princípio da proporcionalidade.”⁸³ (Min. Gilmar Mendes)

Observa-se o reconhecimento de que não há desigualdade ou violação de princípios constitucionais na existência de uma Lei específica para a garantia de direitos às mulheres. Ao mesmo tempo, pode-se pressupor, uma vez que corresponde a uma análise anterior da consideração da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, que o Ministro reconhece a desigualdade histórica de dominação e de subordinação das mulheres. Nesse sentido, reafirma em outro trecho:

“no próprio universo mental masculino, muitas vezes, essas questões são tratadas de forma jocosa, pejorativa, sinalizando uma certa leniência com uma prática que realmente traduz uma deplorável violência, um deplorável aproveitamento de uma situação.”⁸⁴ (Min. Gilmar Mendes)

Aqui há um reconhecimento da cultura machista e patriarcal, que perpassa o imaginário masculino a que a mulher está submetida simbólica e faticamente. Tentar anular essa tensão, negando a desigualdade, significa excluir o diverso. O objetivo, conforme Habermas, é reconhecer a permanente tensão que há entre os planos da facticidade/validade e buscar nessa tensão a pluralidade e uma abertura para o criativo, para novas formas de interpretação e logo, de aplicação do próprio Direito.

O princípio da igualdade é o princípio norteador da compreensão de construção intersubjetiva da Constituição, vez que, como bem ressalta Garcia, formalmente existe apenas uma igualdade, mas materialmente existem tantas igualdades quantas variáveis de situações comparadas e critérios valorativos. “Ora, sendo a igualdade social uma modalidade de igualdade material, atinge-se por referência a um conjunto de valores que variam consoante as sociedades e as épocas”⁸⁵.

⁸³ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁸⁴ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁸⁵ GARCIA (2005; p. 66)

Conceito que subjaz o pré-questionamento de qual seria a igualdade social que se pretende afirmar através da lei. Para a autora, a opção que se faz por qual tipo de igualdade se pretende alcançar e de que forma se pretende implementar esse projeto, é um reflexo que conjuga fatores que envolvem a igualdade formal com “valores que a sociedade assimilou e para a qual todos, em igual medida, contribuíram – dimensão participativa da igualdade”⁸⁶.

Nessa medida, ressalta a Ministra Cármen Lúcia a importância da Lei Maria da Penha por meio da análise do princípio da igualdade:

“Por isso, essa nossa trajetória de mulher objeto - que até a década de 60 e de 70 ainda se falava nisso -, a mulher sujeito de direitos. Realmente, foram lutas e conquistas que acabaram gerando leis como esta, no atendimento de princípios constitucionais, que fizeram com que houvesse mudanças significativas para se ter eficácia dos direitos constitucionais, já que o princípio da igualdade foi tão enfatizado - é o princípio mais vezes repetido na Constituição brasileira de 88.”⁸⁷
(Min. Cármen Lúcia)

Assim, conforme Benvindo⁸⁸, essa racionalidade participativa é consequência do interesse pela emancipação, que na teoria de Habermas, orienta sua crítica reflexiva. O autor esclarece a matriz intersubjetiva da teoria habermasiana, enfatizando seu viés de investigação em torno da comunicação e não apenas de uma conscientização da tradição e da performance⁸⁹ que a envolve. A reflexão, assim, deve transpor a facticidade, e a historicidade e “mostrar que a emancipação é projetável na medida em que se estabeleçam, no âmbito dos pressupostos normativos, as condições da comunicação não-coerciva”⁹⁰.

Nas palavras do mesmo autor, para Milovic, a condição da emancipação, para Habermas, “não é transcendental, como algo que constitui o pensamento científico, mas, sim,

⁸⁶ GARCIA (2005; p. 66)

⁸⁷ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁸⁸ BENVINDO (2008; pp. 264-265)

⁸⁹ Conforme Gadamer, a idéia de performance vincula na medida do possível o objeto da hermenêutica e a sua realização por meio da interpretação. São as re-significações que possibilitam a criação de diversas interpretações, considerando sempre a distância que separa o performer do que é performado e a interação histórica que é travada com esta distância. A performance como reposição criativa (re)constrói o objeto hermenêutico e o realiza por meio do caráter lingüístico da compreensão. Assim, a performance corresponde à interpretação. (GADAMER: 1997; pp. 514-515)

⁹⁰ BENVINDO (2008; p. 158)

ela é condicionada pelo mundo da vida'. É o mundo da vida, contudo, que deve ser cada vez mais problematizado pelo avanço do agir pautado pela racionalidade comunicativa”⁹¹.

Nesse sentido, há também nos autos do *Habeas Corpus* em análise, considerações com relação à necessidade de se voltar o olhar para as lutas por direito das mulheres, em um contexto mediatizado pelo reconhecimento do outro, como exercício de alteridade para que se tornem efetivos os novos direitos reivindicados e os já positivados.

“Norberto Bobbio dizia que, no século XXI, o nosso problema – nosso que eu digo é de todo ser humano, de todas as sociedades - não era mais a da conquista de direitos, mas a de tornar efetivos os direitos que foram conquistados. Nós, mulheres, conquistamos, sim, direitos, mas a eficácia e a efetividade não apenas jurídicas, mas social dos direitos, ainda é um caminho longo a percorrer por todos os que passam - as chamadas minorias não numéricas, mas minorias de direito, e aí incluímos nós, as mulheres.”⁹² (Min. Cármen Lúcia)

Assim, conforme Habermas, é por meio da mediação constante existente na comunicação que se realiza a possibilidade de responsabilização dos indivíduos, dentro do diálogo, pela interação e reconhecimento intersubjetivo de pretensões, os quais devem se remeter a reminiscências presentes em outro discurso.

Dessa maneira, a teoria habermasiana contempla uma perspectiva de inclusão do outro por meio da participação. É a possibilidade de desenvolver a perspectiva da alteridade em uma discussão que pode ser transportada para o plano jurídico. Nessa medida, Benvindo⁹³ sugere haver três passos para a criação de contextos inclusivos da diferença por intermédio do discurso, são eles: reflexão sobre as bases de validade do pensamento jurídico de modo a construir uma práxis que permita a alteração da realidade que o indivíduo se insere; a reflexão não pode ser nivelada a tradição linguisticamente mediada; e, por fim, efetivação da inclusão do outro e do respeito à diferença.

De tal modo, repensar o homem em uma participação direta na sociedade e na construção da democracia e do próprio Direito corresponde à consideração da diferença e a inclusão do outro sob o viés da desconstrução do direito por Derrida.

⁹¹ BENVINDO (2008; p. 159)

⁹² Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁹³ BENVINDO (2008; p. 265)

2.2 O CONDICIONAMENTO DA GARANTIA DE DIREITOS ÀS MULHERES POR MEIO DA DEFESA DO CONTEXTO FAMILIAR

O Direito, como representação da falta de reflexão sobre a justificação da sua validade normativa e conseqüente performance de emancipação reflete a ausência de compreensão e aplicação jurídica com base na alteridade, gerando uma crise de reconhecimento de tensões entre os planos da facticidade e da validade.⁹⁴ Nessa medida, performar a garantia de direitos às mulheres por meio da proteção da família, significa anular a mulher da aplicação jurídica enquanto sujeito de direitos.

Nesse sentido, Carvalho Netto afirma que

podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e “equivalentes a textos”⁹⁵, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.⁹⁶

Contudo, ainda hoje percebe-se a permanência de dificuldades institucionais para a garantia de direitos às mulheres por meio de uma análise que considera a complexidade da perspectiva concreta da violência doméstica. Fato que pode ser observado no excerto abaixo extraído do acórdão do *Habeas Corpus* 106.212/MS:

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

⁹⁴ BENVINDO (2008; p.265)

⁹⁵ Equivalentes a textos é uma expressão que para Thomas Khun corresponde aos “fatos que configuram uma situação de aplicação única e irrepitível (...) que através do conceito de paradigma somente são apreensíveis por meio da atividade de interpretação, mediante uma atividade de reconstrução fática profundamente marcada pelo ponto de vista de cada um dos envolvidos.” (CARVALHO NETTO: 2004; p.40)

⁹⁶ CARVALHO NETTO (2004; p.44)

família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.⁹⁷ (Min. Ricardo Lewandowski)

Observa-se que mesmo discutindo questões relacionadas à desconsideração da violência contra a mulher como um crime de menor potencial ofensivo, a narrativa evidencia que a fundamentação da argumentação está baseada na proteção de instituições tradicionais como a família. Demonstra-se o tratamento da mulher enquanto objeto de proteção por meio da garantia da continuidade da família e não enquanto um sujeito de direito que como tal tem que ter seus direitos assegurados.

Os crimes de violência doméstica são considerados de maior potencial ofensivo, se é que existe essa categoria, não porque atingem um dos valores mais importantes da Constituição, que é justamente a proteção da família” mas sim porque atinge às mulheres, sujeitos autônomos de direito.

O excerto acima citado é parte do quinto voto pronunciado no plenário do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, foi o 1º voto, depois do voto do relator, a tratar do cerne da decisão do *Habeas Corpus* 106.212/MS, qual seja, a declaração de (in)constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha.

A importância desse *Habeas Corpus* se concretiza na não consideração da violência doméstica como crime de menor potencial ofensivo, independentemente da pena prevista. Essa é uma discussão importante dentro dos movimentos feministas uma vez que a violência contra a mulher passa a ser compreendida a partir de um recorte de gênero, reconhecendo-se a necessidade de garantia de direito às mulheres como uma questão de efetivação de princípios e garantias constitucionais.⁹⁸ Dessa maneira, foi afastada a aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais, como a suspensão condicional do processo.

Observa-se a partir de trecho extraído de entrevista realizada aos 28 de abril de 2009, com uma professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto-Portugal e também psicóloga de projetos de intervenção do Estado português em violência doméstica e sexual, que esse debate que também foi realizado em outros países como Portugal.

⁹⁷ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

⁹⁸ Exposição de motivos da Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/2006

Há também o instrumento da suspensão provisória do processo, que é utilizada com muita frequência em crimes de violência doméstica, de abuso sexual não. Com relação à violência doméstica digamos que foi, se calhar, uma via encontrada pelo aparelho judicial para tentar resolver esse tipo de conflito sem que depois decorra necessariamente uma sanção penal e, portanto, nesta lógica...a intervenção em instituições em uma fase em que ainda não há condenação e, assim, tentar trabalhar a nível da reincidência criminal também. Portanto, é neste nível que esta resposta é boa, mas satisfatória não é porque ela é insuficiente. Insuficiente primeiro porque ela não é aplicada a todos os casos, e nem pode, até porque há requisitos legais para que ela possa ser aplicada e, digamos que, a adesão dos indivíduos ainda também é muito incipiente o que acontece é que esses indivíduos até dão consentimento...nos tribunais, mas depois quando chegam no espaço da intervenção muitos deles retraem-se e acabam por não colaborar...via judicial. Quando eu digo que a resposta não é ainda satisfatória, é porque a nível de intervenção, não temos ainda instrumentos nem desenvolvidos nem aferidos...que é para a avaliação de risco da problemática, quer mesmo um programa de intervenção em agressores que estejam desenhados de uma forma estruturada e adequada as necessidades da população.⁹⁹

Em Portugal a opção é pela aplicação de institutos como a suspensão condicional do processo, diferentemente do Brasil. Contudo, o debate também não é pacífico naquele país. É importante considerar os debates de outros países não como uma forma de comparar os resultados que eles assumiram a partir das discussões e demandas de seus movimentos sociais, mas o paralelismo torna-se relevante na medida em que amplia horizontes sobre diferentes perspectivas quanto à questão da violência doméstica e da igualdade de gênero.

Consequência de lutas por reconhecimento de direitos às mulheres e de uma introdução da sensibilidade na compreensão das demandas sociais,

o Direito assume a sua específica condição discursiva e transforma-se em instrumento de promoção do agir comunicativo, do agir orientado ao entendimento. A partir desse enfoque, pode-se perceber qual é a relevância de se conceber outra racionalidade jurídica, fundada em uma intersubjetividade regulativa, que, por sua vez, incita uma validade que não se confunde com o plano da facticidade¹⁰⁰.

Buscar novas formas de interpretação e aplicação do Direito e das demandas sociais, de modo a contemplar uma práxis intersubjetiva ou subjetivo-normativa, corresponde

⁹⁹ANEXO - Entrevista realizada para subsidiar pesquisa sobre “A Sensibilidade na Práxis do Direito: uma possibilidade de transpor os limites da tradição hermenêutica jurídica”, desenvolvida na cidade de Porto – Portugal, durante o 1º semestre do ano de 2009.

¹⁰⁰ BENVINDO (2008; p. 194)

à promoção de direitos e garantias constitucionais conforme o paradigma de Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, um fator que corrobora para uma persistência de não garantia de direitos, segundo Foucault, é a constatação da constância através do tempo de determinados comportamentos e símbolos que são fruto de uma construção histórica que reverbera nos “discursos que, indefinidamente, para além de sua formulação são ditos, permanecem ditos e ainda estão por dizer. Nós os conhecemos em nosso sistema de cultura: são os textos religiosos ou jurídicos (...); em certa medida textos científicos”¹⁰¹.

Como exemplo dessa permanência de certos discursos e da dificuldade de uma interpretação que privilegie o exercício de alteridade na compreensão do caso concreto, destaco os seguintes trechos extraídos da decisão do *Habeas Corpus* 106.212/MS:

“O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias considerada a célula básica que é a mulher.”¹⁰²(Min. Marco Aurélio)

“Esta lei, a Lei Maria da Penha, que vem em boa hora garantir uma proteção maior à mulher no seio de sua família, além de constitucional, a meu ver, é extremamente necessária, porque é no seio da família que, infelizmente, se dão, no dia a dia da sociedade, as maiores violências e as maiores atrocidades. É lá que se forma a pessoa que se torna violenta no futuro, a criança que apanha, a criança que é maltratada, a criança que vê o pai ser violento com a sua mãe.”¹⁰³ (Min. Dias Toffoli)

“vejo que as previsões da lei buscam proteger e fomentar o desenvolvimento do núcleo familiar sem violência, impedindo que, sob o manto da família e da intimidade, seja imposta uma submissão física, econômica e psicológica à mulher com a consequente limitação da sua liberdade. Isto, sim, desconfigura o conceito de família, protegido constitucionalmente, e conduz ao surgimento de um núcleo social de poder patriarcal que se auto-excluiria da obediência ao ordenamento jurídico.”¹⁰⁴ (Min. Joaquim Barbosa)

Percebe-se, por meio dos discursos acima transcritos, alguns condicionamentos da garantia de direitos às mulheres por meio da defesa do contexto familiar, como se a mulher

¹⁰¹ FOUCAULT (2010; p. 22)

¹⁰² Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

¹⁰³ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

¹⁰⁴ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

apenas pudesse ter acesso à garantia de direitos quando inserida na família. O que vai de encontro tanto à consideração da mulher como sujeito autônomo de direitos como à própria construção¹⁰⁵ Lei Maria da Penha, que abrange formas não tradicionais de família.

Observa-se o tratamento da violência doméstica enquanto garantia de direitos tendo por finalidade a proteção da família, demonstrando a ausência de compreensão do combate à violência doméstica contra a mulher como uma garantia de direitos às mulheres. Assim, a defesa de valores tradicionais em detrimento da concreção de direitos e da construção de autonomia e igualdade é incompatível com os valores e princípios de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, como confrontar a tradição de interpretação e de aplicação do próprio Direito com a possibilidade de ir além de seus limites hermenêuticos? Repensar a práxis jurídica de forma a questioná-la quanto a sua justificação e buscar, assim, uma forma de repensar o Direito hoje, por meio de uma consciência da ausência de justificação dos seus pressupostos de validade e as consequências desse silêncio na sua aplicação, pode contribuir para a construção de outra práxis jurídica.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito refletem-se também as contingências desse contexto de surgimento. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nessa medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento.¹⁰⁶

No referido *Habeas Corpus*, observa-se exemplos de fundamentações baseadas nas contingências do contexto mais amplo da violência doméstica; a argumentação central para a garantia de igualdade e direitos às mulheres permanece situada na salvaguarda da família.

¹⁰⁵ Exposição de motivos da Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/2006

¹⁰⁶ HABERMAS (2003; p. 246)

“Se nós formos ao Código Civil, ainda há uma excrescência em vigor, Ministro Marco Aurélio, ao meu modo de ver, no art. 1638 – e, aqui, eu já saio do âmbito exclusivo da mulher e vou para o âmbito da família e da criança: "Art. 1638 Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: castigar imoderadamente o filho." (...)E como definir o que vai além de uma palmada, o que vai além disso? Nós temos que extirpar isso da nossa cultura. A Lei Maria da Penha vem nessa política afirmativa, mas ela sozinha não basta. Não transfiram, senhores parlamentares e membros do Poder Executivo, exclusivamente ao Judiciário e ao Ministério Público a responsabilidade pelo combate à violência doméstica, por intermédio da criminalização. A criminalização pegará o residual. Ela vale como simbólico, como uma questão realmente sinalizadora para a sociedade, mas o importante, o mais importante e o mais eficaz são as políticas educativas cotidianas, a serem feitas pelo Estado brasileiro. Nós temos que afirmar, cada vez mais, a necessidade de se pôr um fim à violência no seio familiar, e isso tem que ser estendido às crianças.”¹⁰⁷ (Min. Dias Toffoli)

Esse discurso transborda evidências de uma preocupação com questões que perpassam a análise do quadro de violência doméstica e familiar. Dados da Secretaria de Políticas para as Mulheres¹⁰⁸ revelam que 84,7% das vítimas de violência possuem filhos.

Contudo, é importante pontuar que o cerne da Lei 11.340/06 é a garantia de direitos às mulheres, ressaltando a necessidade do recorte de gênero para esta espécie de violência. Observa-se que para argumentar sobre a (in)constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, o Ministro discorre sobre a proteção da criança no âmbito da família e sobre as políticas públicas de Estado em torno da comunicação “em relação à violência contra a criança, à violência contra a mulher, à violência no seio da família deviam ser cotidianas e o tempo todo.”

Do mesmo modo ocorre no seguinte excerto:

“Penso que, neste caso, em que pese o brilhante trabalho da defensoria pública, realmente não há que se falar em inconstitucionalidade. Parece que fica claro - a Procuradoria deixou isso, o voto do eminente Relator - no sentido de que o artigo 41, que é aqui questionado, não apenas não desatende à Constituição, mas bem ao contrário, vem dando cumprimento à norma constitucional, especificamente ao § 8º do artigo 226, que protege não apenas a integridade física de uma pessoa, da mulher, mas a integridade física e moral da própria família. Porque é esta mulher quem vai educar o homem e a mulher de amanhã.”¹⁰⁹ (Min. Cármen Lúcia)

¹⁰⁷ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/ouvidoria/central-de-atendimento-a-mulher>>

¹⁰⁹ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

Na mesma linha de argumentação da Ministra, conforme o art. 226 § 5º, da Constituição Federal, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Dessa maneira, ao afirmar que “é esta mulher quem vai educar o homem e a mulher de amanhã” também está reproduzindo estereótipos patriarcais, reforçando o lugar que sempre foi atribuído ao feminino dentro da organização social. Isso contribui para a persistência de uma divisão sexual de tarefas dentro do ambiente doméstico o que corresponde a um dos principais entraves para a igualdade no mercado de trabalho.

A partir da Constituição, a performance do discurso e da práxis jurídica dariam lugar à consideração da intersubjetividade e da diferença por meio da tentativa de estabelecer uma postura de reconhecimento da pluralidade nos planos de interpretação e aplicação do direito. Nessa medida, a compreensão da integridade do direito afastaria interpretações que esmagassem os direitos da mulheres, por exemplo. Como afirma o professor Benvindo,

quando se transporta essa discussão para o plano jurídico, percebe-se que a reflexão sobre os pressupostos normativos, a compreensão da tensão entre validade e facticidade, a promoção de novos contextos inclusivos da diferença por intermédio do discurso, enfim, a síntese comunicativa construída por meio de uma razão historicamente situada engendra todo um novo horizonte para sua própria compreensibilidade.¹¹⁰

2.3 SILÊNCIOS E AUSÊNCIAS

Como já se argumentou, o Direito foi constituído e construído sob a insígnia da exclusão. Como bem nos recorda Milovic¹¹¹, a modernidade começou com o signo da emancipação, estruturando-se na perda da reflexão sobre sua validade. Conseqüentemente, a intersubjetividade não apareceu como elemento de justificação. Nesse contexto, reside a necessidade de conexão entre a filosofia e o Direito como forma de transpor a performance da justificação normativa e pensar um Direito capaz de inserir o outro, uma práxis que contemple a alteridade.

¹¹⁰ BENVINDO (2008; p.265)

¹¹¹ BENVINDO (2008; p. 11)

Observa-se que a razão moderna é essencialmente apolínea, imponente pela racionalização clara dos espaços, do silêncio; em oposição a uma razão mais dionisíaca, que se relaciona mais com os sentidos. A construção¹¹² do Direito é um processo de destruição do heterogêneo e construção do homogêneo.

Nessa medida, a identificação de silêncios e ausências se torna imprescindível para a compreensão da formação desses processos de (des)construção do homogêneo e do heterogêneo, uma vez o não dito também é parte constitutiva do discurso social e jurídico. Os silêncios e ausências correspondem ao que é dito na medida em que o esquecimento é constitutivo da memória.

Conforme Foucault¹¹³, os silêncios também constituem os procedimentos de exclusão gerados pelo domínio dos poderes dos discursos. O autor afirma que a escuta se exerce ainda, na manutenção da censura, do que não é ou não pode ser dito. “Se é necessário o silêncio da razão para curar monstros, basta que o silêncio esteja alerta, e eis que a separação permanece”.¹¹⁴ Nesse sentido, a análise do discurso evidencia os jogos de rarefação impostos enquanto um poder de afirmação¹¹⁵.

Dessa maneira, verifica-se a importância de uma análise dos silêncios e ausências nos excertos extraídos do acórdão do *Habeas Corpus* 106.212/MS a fim de investigar como se mostra o tratamento da igualdade de gênero pelo Supremo Tribunal Federal por meio desses jogos de rarefação dos discursos.

Qual é o lugar da mulher para o Direito, considerando que as falas e silêncios do acórdão refletem também parte da consciência social com relação a elas, quando a justificativa da sua garantia de direitos e igualdade está centrada em um discurso de proteção da família? Também percebe-se que ao mesmo tempo em que há a tentativa de garantia de direitos às mulheres, se utiliza um discurso por meio do qual ela é colocada novamente no lugar do qual se busca retirá-la: o contexto de subordinação e submissão.

Nota-se que apesar de votarem dez ministros, apenas dois, com exceção do relator, teceram análises sobre o cerne da decisão do *Habeas Corpus* 106.212/MS, qual seja, a

¹¹² DERRIDA (2007; pp. 25-26)

¹¹³ FOUCAULT (2010; p.12)

¹¹⁴ FOUCAULT (2010; p.13)

¹¹⁵ FOUCAULT (2010; p.70)

constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06 que afasta a aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais, não mais considerando os crimes de violência doméstica como crimes de menor potencial ofensivo, independentemente da pena prevista.

“artigo 41 deixou claro que tal norma não reputa de menor potencial ofensivo a violência específica contra a mulher no âmbito doméstico. E, a meu ver, fê-lo com inteira razão, porque levou em conta diversas peculiaridades que, para o estabelecimento do regime jurídico, a mulher enfrenta, sobretudo dentro do quadro amplo daquilo que podemos chamar de relação amorosa. E são particularidades de ordem conceitual e de ordem histórica.”¹¹⁶ (Min. Cezar Peluso)

Em entrevista realizada no ano de 2009, para pesquisa sobre a sensibilidade do sistema judicial português no trato institucional da violência doméstica e outras questões concretas ligadas à violência contra a mulher, como o abuso sexual, revela que Portugal também precisou refletir sobre a suspensão condicional do processo como uma possibilidade satisfatória de compreensão da violência e de garantia de direito às mulheres.

entrevistada: Dentro do que a Lei prevê o Ministério Público propõe uma intervenção temporalmente circunscrita, além de algumas injunções, em português injunções não é o mesmo que obrigações, uma injunção é um acordo que é estabelecido e, portanto, imaginando que as injunções recaiam a grosso modo nessas grandes áreas de tratamento: a problemática aditiva - que é o que normalmente existe -, tratamento a nível psiquiátrico ou psicológico, às vezes o afastamento voluntário da vítima. Há intervenções agora, programas de intervenção, junto a agressores que começam a ser trabalhados - o gabinete da professora Celina Manita também já o faz. Pode também se tentar impor injunções no sentido de o agressor não voltar a molestar a vítima, de alterar o seu comportamento. No fundo é uma contratualização voluntária que leva o sujeito a consentir no sentido de ele tentar mudar seus padrões de comportamento, sabendo o indivíduo que ao consentir vai ter uma intervenção direcionada por um técnico dos serviços de avaliação oficial ou outros. Ao menos aqui em Portugal é o que o Ministério Público vem procurando fazer. Portanto, há esse consentimento no sentido de serem contratualizadas desde logo, na audiência até no tribunal, quais são as áreas a serem privilegiadas para aqueles indivíduos. Se a vítima não autorizar, tem que seguir a fase processual até o julgamento.

Entrevistadora: E se ela entra com a queixa e retira a queixa, tem essa possibilidade?

e: Não, porque é crime público. Ela pode retirar a queixa, mas o processo não estanca. Porque o crime de violência doméstica, neste momento, é de natureza pública, não admite desistência da queixa. Houve um salto legislativo, percebe? Há alguns anos a vítima retirava a queixa e o processo estancava, neste momento não.

¹¹⁶ Voto proferido no *Habeas Corpus* 106.212/MS

Ela pode até desistir da queixa, mas o Sistema Judicial prossegue no processo como um todo.

E: No Brasil há uma discussão que perpassa outra interpretação. E as mulheres que não querem prosseguir com a queixa, porque a queixa representa um aviso delas para o Sistema de que há algo errado, mas que elas não querem prosseguir com a queixa porque muitas vezes elas não querem romper aquele vínculo familiar e emocional.

e: Nós também fizemos essa reflexão porque temos consciência disto. O Sistema Judicial como um todo tem consciência de que ter havido esta evolução desde um crime privado a crime semi-público e agora público, que é neste momento, com esta nova redação, o código de 2007 aquilo que acontece é que é isto. Podemos estar a impor a algumas vítimas uma intervenção que elas não desejam, por isso também, se calhar, é que o Sistema procura essa diversão com a suspensão provisória do processo. Estamos em uma fase em que a vítima não pode desistir de uma queixa, mas que essa não necessariamente leva a uma sanção penal. Por aí diverge-se um pouco daquilo que se seria objetivo regulador. Ao mesmo tempo o que se vê neste momento é que o próprio Sistema Judicial oferece respostas a essas vítimas no sentido de proteção, como as casas abrigo, que estão sempre a ser uma intervenção desde logo junto da vítima também, no fundo, para tentar, de alguma forma ultrapassar essas questões que foram levantadas pela não Se esta é a melhor forma ou não, não se sabe, mas este é o enquadramento jurídico que temos.¹¹⁷

Constatar a relevância desse debate em outros países evidencia que, mesmo em tempos diferentes, foi necessário enfrentar a questão da (des)igualdade da mulher nas relações sociais e jurídicas. Observou-se na entrevista o reconhecimento de uma realidade de permanência da dominação masculina que historicamente submete a mulher a relações de subordinação e submissão. Reflexão que também foi realizada no Brasil e fundamentou a exposição de motivos da Lei Maria da Penha.

A persistência desse tratamento de desigualdade das mulheres também no âmbito judicial foi importante, tanto em Portugal quanto no Brasil, a fim de perceber a ausência de um aprofundamento com relação às questões de gênero que permeiam a violência doméstica e à desconsideração dessa espécie de crimes como agressões de menor potencial ofensivo. Nota-se a presença desses vazios também nos discursos do *Habeas Corpus* 106.212/MS, o qual reforça, por meio dos silêncios, as dificuldades no trato institucional da garantia de direitos às mulheres.

Outra questão reafirmada constantemente é o tratamento da mulher como um bem jurídico tutelado pelo direito penal. Isso transborda o silêncio com relação ao

¹¹⁷ ANEXO - Entrevista realizada para subsidiar pesquisa sobre “A Sensibilidade na Práxis do Direito: uma possibilidade de transpor os limites da tradição hermenêutica jurídica”, desenvolvida na cidade de Porto – Portugal, durante o 1º semestre do ano de 2009.

reconhecimento de que à mulher podem ser assegurados direitos por si e não apenas enquanto membro de uma família.

A análise do conteúdo dos discursos se mostrou importante pois evidenciou a dificuldade no trato da igualdade das mulheres nas perspectiva concreta da violência doméstica.

A análise do discurso, assim entendida, desvenda a universalidade de um sentido; ela mostra à luz do dia o jogo da rarefação¹¹⁸ imposta, com um poder fundamental de afirmação. Rarefação e afirmação, rarefação, enfim, da afirmação e não generosidade contínua do sentido, e não monarquia do significante.¹¹⁹

¹¹⁸ FOUCAULT (2010) utiliza este termo no sentido de separação, exclusão.

¹¹⁹ FOUCAULT (2010; p.70)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ressaltar que o que se propõe nesta pesquisa não é a exclusão da razão do pensamento jurídico-filosófico para a interpretação da lei e sua aplicação ao caso concreto, mas, sim, a prática de uma razão sensível, que reconheça a existência de um projeto de construção homogênea de uma ‘ciência social’ que lida essencialmente com o heterogêneo.

Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito é um paradigma que pressupõe, apesar de procedimentalmente nem sempre efetivar, a inclusão da subjetividade, do dionisíaco. Nesse sentido, o próprio Direito tende a acompanhar o movimento do paradigma no qual está inserido, repensando a justificação da validade normativa e o papel do sujeito nessa reflexão, assim como na hermenêutica e na aplicação do próprio Direito.

Em consonância, e repensando agora a intersubjetividade na construção da democracia, afirma o professor Menelick de Carvalho, ao discutir a questão da representação e da identidade, reafirma a necessidade de constante reflexão como forma de perceber a dinâmica e a vitalidade da democracia: ou seja, “uma democracia capaz de permanente inclusão (...) de reconhecer a exclusão quando tematizada, de realizar permanentemente a revisão do próprio conceito de povo, há que ser sempre fragmentado e fragmentário e em constante tensão”¹²⁰.

Dessa maneira, a alteridade por meio da inserção da sensibilidade na práxis do Direito torna-se questão central para uma reflexão sobre a justificação da validade normativa e o rompimento com a ficção do pressuposto emancipatório que permeia a modernidade e o próprio Direito.

O discurso jurídico é uma das formas que evidenciam um judiciário ainda reprodutor de preconceitos, os quais dificultam uma compreensão sensível dos casos de modo a romper com paradigmas seculares de discriminação e submissão da mulher. A análise do conteúdo dos discursos demonstrou incoerências do próprio sistema judicial que ao mesmo tempo em que deve promover a igualdade, tem servido para manter a mulher como um objeto de proteção.

¹²⁰ CARVALHO NETTO (2001; p. 14)

Conforme se analisou na presente pesquisa, o Direito, ao se abster da reflexão sobre a justificação da sua validade normativa e conseqüente performance de emancipação, reflete a ausência de compreensão e aplicação jurídica com base na alteridade, gerando uma crise de reconhecimento de tensões entre os planos facticidade/validade.

Reflexo disso é a tentativa de assegurar o direito das mulheres com foco na proteção da família e outras violências no contexto familiar. Não se pode negar a complexidade dessa violência, mas a fundamentação para a garantia de direitos às mulheres não pode estar baseada na defesa de valores tradicionais em detrimento da concreção de direitos e da construção de autonomia e igualdade.

Na análise das falas e dos silêncios das argumentações, percebeu-se o reforço de estereótipos acerca do lugar e da função da mulher na sociedade. Evidenciou-se a dominação simbólica por meio do desenvolvimento das argumentações e o tratamento da mulher ainda em um patamar de inferioridade, por meio de um discurso de manutenção de valores tradicionais e não de autonomia e garantia de direitos. Essas dificuldades demonstram inegáveis problemas com relação à construção de uma cultura jurídica de alteridade e de empoderamento das partes.

Apesar da importância da discussão de que trata o referido *Habeas Corpus*, não há nos autos discussões sobre questões de gênero que envolvem a violência doméstica e familiar contra as mulheres e muito menos um debate profundo sobre o trato de tal violência enquanto crime que envolve questões sociais e culturais mais complexas que outros crimes com pena inferior a 2 anos, considerados crimes de menor potencial ofensivo. Por isso, a necessidade de afastar a aplicação dos institutos característicos dos Juizados Especiais.

Ausência que foi reforçada pela observação do intenso debate em Portugal sobre os pormenores da suspensão condicional do processo, a consideração da violência doméstica como crime público e sobre a necessidade de uma maior participação da vítima dentro do processo, o que provocou naquele país a construção de modelos de intervenção em violência contra a mulher que considerassem não apenas a vítima, mas também o agressor, filhos, familiares e a própria comunidade. O que reflete a compreensão dessa espécie de violência a partir de uma visão de justiça restaurativa.

Portanto, demonstra-se que é incompatível com os valores e princípios de um Estado Democrático de Direito a não concreção de direitos e de construção de autonomia e igualdade por meio da sustentação de uma cultura machista e patriarcal, que insiste em tratar a mulher como um objeto de proteção e não como sujeito autônomo de direitos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes. A Contribuição da Crítica Feminista à Ciência. In: **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, 2008.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Racionalidade Jurídica e Validade Normativa: da metafísica à reflexão democrática**. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. Autos do Habeas Corpus nº 106.212/MS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3985151>> Acesso em: 17 jul. 2011.

_____. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça. Edição nº 36/2011. Brasília, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ36_2011-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO> Acesso em: 14 jul. 2011.

_____. Exposição de Motivos. Projeto de Lei nº 4559/2004 - Não-violência contra a Mulher. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/legislacao/projeto_lei/expo_motivos.htm> Acesso em: 18 jul. 2011.

_____. Informativo da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Disponível em: <<http://200.130.7.5/informativo2/informativo2/informativo8.asp?Edicao=6>> Acesso em: 14 jul. 2011.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 10 jun. 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. In: **Revista Estudos Feministas**, vol.14 nº 2, Florianópolis Mai.-Set., 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administradopara uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício deTeoria da Constituição**. Forum Administrativo: março, 2001.

CERQUEIRA, Laís. Seminário **Lei Maria Da Penha: aspectos jurídicos e sociais**. Realizado aos 04 de setembro de 2007 na sede da OAB/DF.

COSTA, Ana Alice. **Gênero, Poder e Empoderamento das Mulheres**. Salvador: NEIM/UFBA, 1999. Disponível em: <http://www.agende.org.br/docs/File/dados_pesquisas/feminismo/Empoderamento%20-%20Ana%20Alice.pdf> Acesso em: 18 jul. 2011.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Da violência contra a mulher e a Lei dos juizados especiais**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/22/83/2283/>> Acesso em: 10 jun. 2011.

DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. Condição feminina – fator de risco para a saúde mental? In: **Escola, saúde e trabalho: estudos psicológicos**. Org. M. G. T. Paz & A. Tamayo. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. pp. 181-198

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. 20ª edição. São Paulo: Loyola, 2010.

Fundação Perseu Abramo. **Projeção da taxa de espancamento**. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opinio-publica/pesquisas-realizadas/projecao-da-taxa-de-espancamento>> Acesso em: 10 jul. 2011.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007.

GARCIA, Maria da Glória. **Estudos sobre o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GHESTI, Ivânia et. al. Breve Análise Psicossocial dos Casos Inaugurais da 1ª Vara do Juizado de Violência Familiar e Doméstica contra a Mulher do TJDF. In: **Novos Paradigmas na Justiça Criminal: relatos de experiência do núcleo psicossocial forense do TJDF**. Brasília: TJDF, 2006. pp. 368-388. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/trib/publ/docPubl/edicoes/novosp.pdf>> Acesso em: 14 jul. 2011.

GORENSTEIN, Fabiana. **Da Concepção Menorista à Proteção Integral: oscilações de discurso na cpmi da exploração sexual de crianças e adolescentes**. Dissertação defendida na Universidade de Brasília em jun/2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PAIXÃO, Cristiano. Seminário **LEI MARIA DA PENHA: Aspectos Jurídicos e Sociais**. Realizado aos 04 de setembro de 2007 na sede da OAB/DF.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MACHADO, Lia Zanotta. nº 290 Masculinidades e violência. Gênero e mal-estar na sociedade contemporânea. In: **Série Antropologia**, Departamento de Antropologia, UnB: 2001.

_____. nº 284 perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: **Série Antropologia**, Departamento de Antropologia, UnB: 2000.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. Petrópolis: Vozes, 2005.

MASSULA, Letícia. A Violência e o Acesso Das Mulheres à Justiça: o caminho das pedras ou as pedras do (no) caminho. In: **Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher: alcances e limites**. São Paulo: Coletivo feminista Sexualidade e Saúde, 2006. pp. 140-167

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. **Humano, Demasiado Humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. **A Origem da Tragédia: proveniente do espírito da música**. São Paulo: Cupolo, 1948. Versão disponibilizada por www.ebooksbrasil.org.

NUNES, Maria Terezinha; HITA, Maria Gabriella. **Violência Doméstica Contra a Mulher e o Acesso à Justiça: (In) constitucionalidade da Lei Maria Da Penha?** Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278300632_ARQUIVO_TEXTO-FAZENDOGENERO.pdf> Acesso em: 14 jul. 2011.

OBSERVE - Observatório pela Aplicação da Lei Maria da Penha. **Condições para aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal**. Relatório final, 2010. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/relatorio-final-do-observatorio-de-monitoramento-da-lei-maria-da-penha>> Acesso em: 14 jul. 2011.

SANTOS, Ivair Augusto Alves. Ações Afirmativas: farol de expectativas. In: **Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na Universidade**. Brasília: Síntese, 2004.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. **Idéias para a cidadania e para a justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas**. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Movimentos Sociais - Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: Cláudio Souto e Joaquim Falcão, **Sociologia e Direito - Textos Básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. Poderá o Direito ser Emancipatório? In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, Maio: 2003, pp. 3-76.

TAVARES, José Vicente. A violência como dispositivo de poder. In: **Revista Sociedade e Estado**, Brasília: UnB, n. 2, p. 281-298, jul./dez. 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ANEXO – TRANSCRIÇÃO DA ENTREVISTA

Data: 28/04/2009

Duração: aproximadamente 30 min.

Local de realização: Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP)

Profissão: Professora e Psicóloga

Idade: 41 anos

Observações: Tratamento do material fonográfico de modo a não revelar o papel desempenhado pela entrevistada junto ao Sistema Judicial, além de pequenos cortes de comentários de natureza pessoal e ajustes de algumas expressões para melhor adequação da linguagem.

E: A senhora considera satisfatórias as possibilidades de resolução de conflitos oferecidas pelo Sistema Judicial? E o acesso a esses meios de resolução também podem ser considerados satisfatórios?

e: Satisfatórios eu não os considero, penso ainda serem escassas as possibilidades. Quanto a resolução de conflitos não estamos a falar em mediação, pois essa possibilidade ainda pouco explorada em termos do nosso aparelho judicial ela está prevista mais não é utilizada para resposta. Em termos das respostas que são dadas, quase todas elas se inscrevem na via jurisdicional, portanto em que há julgamento e há aplicação de uma medida sancionatória. Há também o instrumento da suspensão provisória do processo, que é utilizado com muita frequência em crimes de violência doméstica, de abuso sexual não. Com relação a violência doméstica digamos que foi, se calhar, uma via encontrada pelo aparelho judicial para tentar resolver esse tipo de conflitos sem que depois decorra necessariamente uma sanção penal e, portanto, nesta lógica ...a intervenção em instituições em uma fase em que ainda não há condenação e, assim, tentar trabalhar a nível da reincidência criminal também . Portanto, é neste nível que esta resposta é boa, mas satisfatória não é porque ela é insuficiente. Insuficiente primeiro porque ela não é aplicada a todos os casos, e nem pode, até porque há requisitos legais para que ela possa ser aplicada e, digamos que, a adesão dos indivíduos ainda também é muito incipiente o que acontece é que esses indivíduos até dão consentimento ... nos tribunais, mas depois quando chegam ao espaço da intervenção muitos deles retraem-se e acabam por não colaborar...via judicial. Quando eu digo que a resposta não é ainda satisfatória, é porque a nível de intervenção, não temos ainda instrumentos nem desenvolvidos nem aferidos...que é para a avaliação de risco da problemática, quer mesmo um programa de intervenção em agressores que estejam desenhados de uma forma estruturada e adequada as necessidades da população. Estamos nesse caminho,

nesse momento, porque estão a ser desenvolvidos e desenhados programas de intervenção nesse momento, nessa área, portanto, estamos ainda numa fase precoce a nível de intervenção, por isso é que satisfatória ainda não será. O acesso quanto ao meio judicial não é uma questão de acesso a nível de intervenção porque é o meio judicial que os vai sinalizar, que vai sobre eles aplicar determinada modalidade de intervenção ou de avaliação, sem que os indivíduos a eles recorram. O que não é satisfatório é quando as pessoas por sua própria iniciativa querem ter algum tipo de apoio porque não há estruturas em quantidade suficiente e adequadas aquilo que é específico a população de agressores que as pessoas se calhar precisam. Portanto, as respostas são muito escassas em termos de recursos...ou de estruturas ou gabinetes de apoio onde eles possam ir. No sistema judicial os únicos serviços que existem são os serviços de inserção social que estão ligados diretamente aos tribunais e há já espaços em que são experiências piloto feitas em alguns tribunais de saúde do país, mas aqui no norte ... não é trabalhada questões ligadas a essa problemática.

E: A senhora considera que o Sistema Judicial está aberto para uma compreensão e interpretação mais sensível dos casos? Por quê?

e: Com relação à criminalidade em geral, a sensibilidade existe no sentido de se aplicarem os códigos e, portanto, de se aplicar uma justiça que seja consentânea....em função da avaliação de risco, numa lógica de prevenção dentro do nível primário ou terciário. Nisto temos um Sistema Judicial numa lógica humanística e, portanto, preocupado. A sensibilidade existe no sentido de procurar respostas alternativas mesmo em nível judicial. Nesse momento falo mais com relação à violência doméstica que teve um salto qualitativo muito grande. Entretanto, em relação a criminalidade patrimonial tem havido, ao menos na minha visão, algumas alterações legislativas no sentido de agilizar o sistema, das grandes vias processuais mas não há, propriamente, do meu ponto de vista, um olhar diferente em relação à sensibilidade. Em relação à criminalidade violenta, mais especificamente a violência doméstica e os abusos sexuais, neste momento há uma preocupação enorme do próprio sistema não só em avaliar e sinalizar as situações, como a nível de respostas de intervenção, tem vindo a ser procuradas ...e procuradas no sentido de ter uma visão, se calhar, dentro dessa lógica...de sensibilidade mais consentâneas com as necessidades também do arguido, o que até aqui, era muito centradas nas questões da vítima. E nesse momento tenta-se não só situar em torno disto, como tentar promover a concertação de estratégias entre vítimas e aguidos e, portanto, atender aos dois vetores desta via.

E: Isso é uma postura do próprio Sistema Judicial?

e: O próprio Sistema Judicial, neste momento, tem essa preocupação. Nota-se não só uma evolução da legislação e é notório o fato da redação atual do código no artigo de violência doméstica traduz claramente a idéia de sensibilidade ligada a esta problemática e mesmo assim o que é pedido em termos de intervenção a nível do judiciário é toda ela muito mais focada não só nas questões obviamente também a nível da comunidade mas de tratar o indivíduo no sentido de ele encontrar formas alternativas de padrões comportamentais, portanto, há uma visão, nessa lógica, se calhar, até do reabilitacionismo, não é? Por tentarmos tratar o argüido nesta problemática visando não só uma mudança no seu comportamento como também a proteção da própria comunidade e da vítima. Por exemplo, o Ministério Público quando procura em fase ainda de inquérito, a suspensão provisória do processo, ele tem essa sensibilidade de salvar as garantias processuais do argüido, etc.

E: Há uma predisposição dos juízes também?

e: Sim, há uma predisposição dos próprios juízes para compreenderem esta problemática de forma mais funcional para todos.

E: Olha-se também a perspectiva da vítima?

e: Olha-se a perspectiva da vítima até mesmo porque quando falamos em suspensão provisória do processo o consentimento também tem que ser dado pela vítima, por isso a figura da suspensão provisória. Portanto, digamos que vítima e agressor são ouvidos pelo Sistema.

E: Não é aplicado só a lei em si, portanto?

e: É aplicada à situação mas são ouvidas vítima e agressor e ambos consentem nessa intervenção. Embora o aparelho judicial só possa direcionar para o argüido. Mas o Sistema cada vez mais abre portas e respostas de apoio à vítima ao finalizar essas situações de agressão e de violência doméstica. Portanto, quanto à sensibilidade, posso dizer que nota-se uma grande alteração, nesse momento, por parte do próprio aparelho judicial.

E: A senhora pensa então que uma interpretação e uma aplicação mais sensível do Direito aumentaria o grau de satisfação dos argüidos perante a solução que é dada aos seus problemas, ao seu conflito?

e: Nota-se que quando é dada esta atenção a cada problemática, digamos que os níveis de adesão do indivíduo, se calhar até o seu empenho motivacional podem ser mais positivos e mais notórios, não é? Tem impacto no argüido por se ver que quer realmente mudar e que esta tônica de tratamento no sentido de poder, no fundo, alterar a

situação, também no sentido dela ser mais adequada para todos, incluindo para o próprio argüido.

E: E quais seriam as principais dificuldades para que exista uma resolução mais sensível dos conflitos?

e: Nesse momento, eu penso que as principais dificuldades não são propriamente nem do legislador nem da produção legislativa em torno da matéria, é mais até no tipo de recursos que o aparelho judicial tem a sua disposição são poucos. Isso porque o Sistema Judicial tem um elevado número de processos e, portanto, são processos que são complexos, que são morosos, que exigem bastante em termos de atuação do próprio Sistema Judicial, e o problema é que quando eles tentam recorrer em termos da comunidade, espaços de ajuda de intervenção direta em agressores, há poucas respostas. Então respostas estruturadas em uma lógica de programas de intervenção, nesse momento, ainda são quase que nulas, a exceção do GEAV, coordenado pela professora Celina Manita. Portanto, aqui será mesmo uma limitação que decorre ainda da falta de respostas a nível de intervenção estruturada, nessas situações. Há gabinetes privados e hospitais porque é muito subsidiária a lógica do tratamento às problemáticas e ...patologias mentais que possam existir associadas e, na comunidade, as respostas não são rápidas, não são imediatas, não são suficientes.

E: As pessoas que saem licenciadas dos cursos de Direito?

e: Obviamente que haverá componentes específicos de intervenção em determinados problemas que pode exigir a atuação de psicólogos e toda uma tecnicidade que está envolvida, mas no trabalho que é desenvolvido em torno dos agressores domésticos os serviços de intervenção social tem licenciados em Direito e portanto, os licenciados em Direito poderão atuar não só a nível de intervenção propriamente dita como também na área da mediação que eles podem qualificar-se e habilitar-se nessa área. Um mediador não tem que ser licenciado em determinada área, ele tem é que se qualificar nas técnicas da mediação. Os fóruns que eu conheço aqui no norte, de mediação, tem bastantes licenciados em Direito; eles se formaram mediadores e trabalham na área. Sabes que aqui em Portugal há os advogados da paz que ainda não é um recurso deste tipo de problemáticas mas atuam nos crimes de natureza patrimonial e outros.

E: São privados?

e: Eles são pagos pelo Estado embora sejam uma bolsa de advogados de paz que são quase todos até licenciados em Direito cujas despesas são suportadas pelo Estado. A sua formação é de natureza privada no

sentido de que cada pessoa é que se formou e depois há um concurso em que são aceitos ou não conforme a sua creditação para poderem seguir como advogados de paz. E digamos que é o sistema extra-judiciário que está aqui a funcionar mas com uma componente pública que está ainda forte. Mas, cada vez mais haverá a mediação num espaço privatizado e que será custeado pelos próprios interessados, não é?

E: Essa seria minha próxima pergunta então, se há modelos de resolução de conflitos não estatais que contemplam essa perspectiva.

e: Os advogados da paz, como eu lhe digo, não sei com muito rigor a sua estrutura. Eles são oficiados em alguns tribunais porque isto foi um projeto inicial, portanto da atividade extrajudiciária da resolução de conflitos.

E: Mas eles agregam o Sistema?

e: Agregam e estão ligados ao Sistema. Tem uma gestão autónoma, portanto não respondem a tutela, por exemplo, do Ministério da Justiça, são extra-judiciários, mas tem toda uma organização na dinâmica de funcionamento. Também há já neste momento uma série de gabinetes privados, até inteiramente privados, e alguns até ligados a esses advogados e que estão a tentar resolver toda uma série de conflitos através da mediação. Tem a mediação empresarial, a laboral, a mediação familiar, que é uma das que neste momento está a ser mais desenvolvida. Desta forma, o tribunal de família e menores de Lisboa trata com muita importância a mediação. Mas há respostas que tradicionalmente não existiam e que neste momento o próprio Sistema Judicial tenta recorrer a elas ou digamos, pelo menos, encaminhar os indivíduos para essas áreas de resolução de conflitos não-judicial.

E: Suas respostas me espantaram. Pensava que o Sistema estaria um pouco mais travado nesse entendimento.

e: É como eu lhe digo, não está ainda muito vocacionado para questões de violência doméstica e sexual. Está muito vocacionado para questões de resoluções de conflitos a nível laboral, empresarial, e da mediação familiar, toda essa área que cada vez mais o Sistema Judicial entende e tem a tal sensibilidade para perceber que a maior parte dos conflitos não se vai resolver por uma via judicializada. Por que em outras instâncias, se calhar, não se sabe que os interesses das crianças não são interesses de ninguém não é? É que o Judiciário resolve o conflito e, portanto, digamos que nessa área, se calhar, uma sanção judicializada não resolve. É preciso se trabalhar outro nível e só quando se trabalha em torno do que é um processo de mediação é que se poderá através da mediação que existe e que está prevista na lei

...os serviços de reinserção social, numa lógica que não está ainda muito divorciada da intervenção judicializada mas que tende cada vez mais a ser distinta desta para tentarmos resolver conflitos numa outra fase processual de inquérito e assim divergirmos de uma outra área que poderá ser o que está entrando na fase jurisdicional. Nesse momento cada vez mais os tribunais oferecem esse tipo de diversão do sistema, no fundo, em termos de direito.

E: Como isso se aplica aos casos de violência doméstica?

e: Na violência doméstica há uma audiência prévia com o Ministério Público, em que é uma audiência informal em que há uma explicação ao arguido em que no fundo é pedido sua colaboração com o sistema na forma de consentimento. E essa estratégia é cada vez mais procurada pelo sistema judicial.

E: Como isso funciona? Dentro do que a Lei prevê o agressor e a vítima devem consentir?

e: Dentro do que a Lei prevê o Ministério Público propõe uma intervenção temporalmente circunscrita, além de algumas injunções, em português injunções não é o mesmo que obrigações, uma injunção é um acordo que é estabelecido e, portanto, imaginando que as injunções recaiam a grosso modo nessas grandes áreas de tratamento: a problemática aditiva - que é o que normalmente existe -, tratamento a nível psiquiátrico ou psicológico, às vezes o afastamento voluntário da vítima. Há intervenções agora, programas de intervenção, junto a agressores que começam a ser trabalhados - o gabinete da professora Celina Manita também já o faz. Pode também se tentar impor injunções no sentido de o agressor não voltar a molestar a vítima, de alterar o seu comportamento. No fundo é uma contratualização voluntária que leva o sujeito a consentir no sentido de ele tentar mudar seus padrões de comportamento, sabendo o indivíduo que ao consentir vai ter uma intervenção direcionada por um técnico dos serviços de avaliação oficial ou outros. Ao menos aqui em Portugal é o que o Ministério Público vem procurando fazer. Portanto, há esse consentimento no sentido de serem contratualizadas desde logo, na audiência até no tribunal, quais são as áreas a serem privilegiadas para aqueles indivíduos. Se a vítima não autorizar, tem que seguir a fase processual até o julgamento.

E: E se ela entra com a queixa e retira a queixa, tem essa possibilidade?

e: Não, porque é crime público. Ela pode retirar a queixa, mas o processo não estanca. Porque o crime de violência doméstica, neste momento, é de natureza pública, não admite desistência da queixa.

Houve um salto legislativo, percebes? Há alguns anos a vítima retirava a queixa e o processo estancava, neste momento não. Ela pode até desistir da queixa, mas o Sistema Judicial prossegue no processo como um todo.

E: No Brasil há uma discussão que perpassa outra interpretação. E as mulheres que não querem prosseguir com a queixa, porque a queixa representa um aviso delas para o Sistema de que há algo errado, mas que elas não querem prosseguir com a queixa porque muitas vezes elas não querem romper aquele vínculo familiar e emocional.

e: Nós também fizemos essa reflexão porque temos consciência disto. O Sistema Judicial como um todo tem consciência de que ter havido esta evolução desde um crime privado a crime semi-público e agora público, que é neste momento, com esta nova redação, o código de 2007 aquilo que acontece é que é isto. Podemos estar a impor a algumas vítimas uma intervenção que elas não desejam, por isso também, se calhar, é que o Sistema procura essa diversão com a suspensão provisória do processo. Estamos em uma fase em que a vítima não pode desistir de uma queixa, mas que essa não necessariamente leva a uma sanção penal. Por aí diverge-se um pouco daquilo que se seria objetivo regulador. Ao mesmo tempo o que se vê neste momento é que o próprio Sistema Judicial oferece respostas a essas vítimas no sentido de proteção, como as casas abrigo, que estão sempre a ser uma intervenção desde logo junto da vítima também, no fundo, para tentar, de alguma forma ultrapassar essas questões que foram levantadas pela não Se esta é a melhor forma ou não, não se sabe, mas este é o enquadramento jurídico que temos.

Aí, volto a dizer, há uma sensibilidade do nosso Sistema Judiciário quando essas mulheres não desejam a intervenção e tenta, através da intervenção técnica dentro dos serviços de intervenção que dispõe, que essas intervenções sejam ponderadas dentro das técnicas de intervenção. Agora, legalmente é que não se permite que seja novamente avaliada e eventualmente sancionada. E há sensibilidade por parte dos magistrados, por parte de todos os operadores do Sistema para essas questões e cada vez mais. É uma problemática que é analisada com muita sensibilidade por toda a gente. E aquilo que há uns anos não acontecia “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, no próprio as queixas apresentadas pelo Ministério Público não havia grande criatividade do Sistema, neste momento há até magistrados que se qualificam nesta área, que querem aprender técnicas para escutar a vítima, portanto há todo um trabalho de sensibilização de todos os operadores judiciais para saberem como trabalhar com as vítimas, para respeitarem e tentarem ... a melhor forma de avaliar quer as vítimas quer os agressores de uma forma cada vez mais consertada; e isto acontece na realidade, se trabalha em uma

corrente, é o que acontece, se calhar em outras problemáticas também seria necessário, mas não acontece muito. Como disse, em abusos sexuais, não há tanto, ainda está um bocadinho atrás, não há tido esta evolução. Esta temática da violência doméstica está muito...tem muito impacto na comunidade e é de grande preocupação de todae temos uma lei de ...cativa que apesar de ter uma tônica de justiça restaurativa e responsabilizadora, tem uma certa sensibilidade para lidar com o delinquente e tentar compreender suas motivações, suas trajetórias e saber aplicar as medidas que possam ser mais eficazes eu diria que nós, em termos dos nossos códigos, em termos filosóficos e humanistas, são muito bons, pois o que aqui dificulta a muita gente é a aplicação imediata da lei não tanto no sentido da falta de sensibilidade, mas mais da falta de recursos e de logística (o volume de trabalho que tem os tribunais, mesmo em termos de assessoria, de não haver recursos suficientes) e depois também na própria comunidade pode não haver as respostas técnicas mais adequadas, por exemplo, com os jovens nós precisaríamos de ter programas na comunidade que pudessem trabalhar com terapias ocupacionais, o que eu não há; voltamos a ter alguns, mas ainda há pouco, são escassos e, como eu disse, na violência doméstica e abusos sexuais, ainda temos poucas respostas verdadeiramente desenhadas em termos técnicos de modelos de intervenção para os casos complexos, muito demorados. Agora, não é por falta de sensibilidade do Sistema, as decisões judiciais normalmente passam todas por essa lógica de tratamento, de intervenção, de mudança. O que é preciso é depois encontrarmos o ...de resposta técnica mais adequada e essa as vezes não é eficiente, mas a parte do Sistema Judicial é ...é a sensibilidade.

Há outras áreas em que as pessoas podem não ter esta percepção. E depois é mesmo no dia-a-dia da intervenção porque não há número de técnicos suficiente, não há próprias estratégias de articulação nas áreas de ...se espalham muitas vezes e, portanto, podemos ter até um mesmo sujeito a ser intervencionado por várias entidades e que falta comunicação entre elas e daqui acaba por falhar a intervenção e ocorre desperdício até de recursos, entende? Porque não há articulação, não há negociação de estratégias. Agora, o Sistema Judicial é um dos que mais tem aberto oportunidades e tenta favorecer a criação de respostas que obviamente não dependem diretamente apenas do Sistema Judicial e temos que ter outros tipos de organismos na comunidade. Agora, em termos da Lei e a aplicação, é o que está previsto, pois, é no dia-a-dia que conseguimos atingir os objetivos desse tipo de intervenção. Nos casos de violência doméstica, expressamente, a ..., mesmo da intervenção técnica, quer com o... quer com o sistema judicial, não é difícil, pois os magistrados estão disponíveis, ou seja, disputam e querem propostas que os tornem mais eficazes e são bastantes suscetíveis a isso e não há...aquelas crenças acerca da violência doméstica...essas áreas estão cada vez mais evoluídas e essa

nova geração é de magistrados que são muito preocupados e tem um papel até muito assertivo com relação aos argüidos, nos tribunais e são preocupados e querem celeridade para que isto funcione rápido. Há que se ... o próprio sistema.foi uma das áreas que se calhar mais saltos deu. As outras , se calhar, deveriam ter evoluído um pouco mais...criminalidade...de seus comportamentos. Sensibilidade eu acho que há bastante e torna as pessoas mais satisfeitas e pode virar a resposta do Sistema também não é?! É preciso depois que se conjuguem outros fatores que é para criar outras respostas e é aí que eles normalmente falham não é?